

《研究ノート》 商法教授方法に関する研究手帖（3）

浅 木 慎 一

第1帖 「商」の概念

第1章商法の意義

第2章商法の法源（以上、金沢法学51巻1号）

第3章商人の概念

第4章会社の概念（以上、金沢法学51巻2号）

第5章株式の概念

1. 緒言—株式会社の基本的特質を表わす2つの徴表
2. 持分複数主義、持分均一主義
 - 2-1. 持分の意義
 - 2-2. 株式会社の持分と他の会社の持分との比較
3. 株式概念の理解に係る主要なわが株式制度の変遷
 - 3-1. 緒言
 - 3-2. 完全無額面株式制度への歩みおよび出資単位としての株式の大きさ規制の撤廃
 - 3-2-1. 昭和25年（1950年）改正前
 - 3-2-2. 昭和25年（1950年）改正
 - 3-2-3. 昭和41年（1966年）改正
 - 3-2-4. 昭和56年（1981年）改正
 - 3-2-5. 平成13年（2001年）法79号改正以降
 - 3-3. 端株制度の変遷
 - 3-3-1. 昭和56年（1981年）改正前
 - 3-3-2. 昭和56年（1981年）改正
 - 3-3-3. 平成2年（1990年）改正
 - 3-3-4. 平成13年（2001年）法79号改正
 - 3-3-5. 平成14年（2002年）改正
 - 3-3-6. 端株制度の廃止
 - 3-4. 単位株制度から単元株制度へ
 - 3-4-1. 昭和56年（1981年）改正
 - 3-4-1-1. 単位株制度の創設
 - 3-4-1-2. 単位株制度の概要

- 3-4-2. 平成13年(2001年)法79号改正以降
 - 3-4-2-1. 恒久的制度としての単元株制度
 - 3-4-2-2. 単元株制度の概要
- 3-4-3. 現行法の下での単元株制度の要諦
- 3-5. 株券不発行原則化への歩み
 - 3-5-1. 株券の意義
 - 3-5-2. 昭和13年(1938年)改正前
 - 3-5-3. 昭和13年(1938年)改正
 - 3-5-4. 昭和25年(1950年)改正
 - 3-5-5. 昭和41年(1966年)改正
 - 3-5-6. 平成2年(1990年)改正
 - 3-5-7. 平成16年(2004年)改正
 - 3-5-8. 株券不発行制度の徹底化
- 4. 株式の不可分性
- 5. 資本金と株式との関係
- 6. 株式の性質
 - 6-1. 緒言
 - 6-2. 社員権説の萌芽
 - 6-3. 社員権説
 - 6-4. 社員権否認論(共益権権限説)
 - 6-5. 株式債権論
 - 6-6. 株式会社財団論(株式純債権説)
 - 6-7. 小括
- 7. 株主の権利
 - 7-1. 株主の権利の意義
 - 7-2. 自益権と共益権
 - 7-3. 単独株主権と少数株主権
 - 7-4. 単元未満株主の権利
- 8. 株主の義務
- 9. 株主平等の原則
 - 9-1. 株主平等の原則の意義
 - 9-2. 会社法109条1項の意義
 - 9-3. 平等違反の効果
 - 9-4. 株主平等の原則の例外
 - 9-4-1. 会社法が定める例外

- 9-4-1-1. 非公開会社における属人的定めの特許
- 9-4-1-2. 持株要件による不平等
- 9-4-1-3. その他の定め
- 9-4-2. 株主優待制度
- 9-4-3. 企業買収防衛策と株主平等の原則
 - 9-4-3-1. 議決権制限プラン（plan）と株主平等の原則
 - 9-4-3-2. 新株予約権無償割当てと株主平等の原則
- 10. 株式の内容についての特別の定め
 - 10-1. 全発行株式に共通するその内容についての特別の定め
 - 10-2. 全発行株式を譲渡制限株式とする定め
 - 10-3. 全発行株式を取得請求権付株式とする定め
 - 10-4. 全発行株式を取得条項付株式とする定め
- 11. 種類株式
 - 11-1. 種類株式の意義
 - 11-2. 種類株式の内容
 - 11-2-1. 優先株式・普通株式・劣後株式
 - 11-2-2. 議決権制限株式
 - 11-2-3. 譲渡制限株式
 - 11-2-4. 取得請求権付株式
 - 11-2-5. 取得条項付株式
 - 11-2-6. 全部取得条項付種類株式
 - 11-2-7. 拒否権付株式
 - 11-2-8. 取締役・監査役選任種類株式

第5章 株式の概念

1. 緒言—株式会社の基本的特質を表わす2つの徴表

わが国に現に存在し活動する株式会社の実相は、多岐多様に亙る。これらすべての株式会社を単一の規則によって同列に規整することは困難であるため、すでに簡単に触れたように（第4章9）、会社法は複数の基準を設けて、株式会社の区分規整を行うことにした。

株式会社の実相が多岐多様に亙るとはいえ、法律上、株式会社を株式会社たらしめている共通の徴表は存在する。繰り返して述べるように、わが会社法は、

とくに株式会社の定義規定を掲げてはいない。しかし、会社法の諸規定から総合すると、株式会社とは、「社員の地位（持分）が株式と呼ばれる細分化された割合的単位の形をとり、すべての社員（株主）が会社に対してその有する株式の引受価額を限度とする有限の出資義務を負うにとどまり、会社債権者に対し何らの責任も負わない会社」であるといえることができる⁽¹⁾。以上によれば、株式会社の基本的特質の2大要素は、「株式」と「株主の有限責任」であるといえることができる。このうち、後者については、すでに簡単に言及した（第4章5-2-2、9）。本章では、主として前者の概念について述べる。本帖の他の章と異なり、記述の中心は説明であり、これが諄い^{くど}という印象に繋がるかも知れない。

2. 持分複数主義、持分均一主義

2-1. 持分の意義

会社の社員は、社員たる資格で会社に対して一定の法律上の地位を占めている。社員は、会社という団体の構成員であり、その資格において会社に対し種々の権利を有し、義務を負う。このような権利義務は、団体とその構成員との間の団体的法律関係を基礎として生じる。この法律関係は、主観的に社員に即していえば、「社員の会社に対する法律上の地位」ということになるのである⁽²⁾。このような、会社における社員としての地位を「持分」と称する。

会社は、複数人に分散する所有を統括して、その法律関係を単純化するための機構として工夫されたものである⁽³⁾。したがって、株式会社に限らず、会社は、その基本において共同所有権とのアナロジー(analogy)を帶有している⁽⁴⁾。すなわち、会社事業（有機的一体としての機能的財産の集合体）は、経済的に

(1) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論上巻（第3版）』（有斐閣・1991年）145頁、北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院・2001年）59頁。

(2) 大隅＝今井・同前42頁。

(3) 同前43頁。

(4) 関俊彦『会社法概論（全訂版）』（商事法務・2007年）35頁。

は、その社員全体に帰属すべきものであるが、法律上は、法人格を付与された会社自体に帰属するという形態が採られているのである。その結果、社員が会社に対して有すべき所有権は、その会社における社員関係 = 持分^{イコール}に変形せられたのである⁽⁵⁾。それゆえ、「持分」という単語は、会社における社員としての地位を表現するものとして、言い得て妙である。

社員たる資格＝持分は、原始的には、会社の設立に際しまたは設立後の入社によって取得せられ、伝来的には、相続・包括遺贈・合併などの包括承継によるか、当事者間の譲渡によって取得される。会社の社員の地位は、身分的要素と財産的要素とを包含し、後者に基づいて財産的価値を有する⁽⁶⁾。合名・合資・合同の各会社の持分は、身分的要素が強く、その移転が困難であるという法構造になっているのに対し、株式会社の持分は、相対的に財産的要素が強く、わけても自由譲渡が保障されている持分は、高度に物化し、自由な取引の対象となる。

2-2. 株式会社の持分と他の会社の持分との比較

繰り返し述べるように、株式会社の社員としての地位、すなわち持分は、とくに「株式」と呼ばれる。株式といえど、社員たる地位を意味する点では、他の会社法上の会社における持分と共通である。

すでに述べたように（第4章6ないし8参照）、合名・合資・合同の各会社の社員の持分は、その社員の責任の態様如何にかかわらず、各社員につき1つと考えられ（持分単一主義という）、ただ持分の大きさが各社員の出資の価額に応じて異なるものと観念されている（持分不均一主義という）。しかし、これらの会社の社員は、互いに協力して、合理的・合目的に定款所定の営利事業目的を追求する1個の独立した団体の構成員であるからには、正義衡平の理念に基づき、原則として、会社内において平等の待遇をもって公正に扱われな

（5）大隅＝今井・注（1）前掲43頁参照。

（6）同前44頁。

ければならないこと、当然であるという点に留意しておく必要がある。これを「社員平等の原則」という。社団法人の社員は、本来平等かつ公正に扱われるべきであるというのが、社団法人の本則である。

以上に対し、株式会社にあっては、持分（社員の地位）は、細分化された割合的単位の形式をとって存在する。繰り返し述べるように、この割合的単位の形式をとった社員の地位を株式といい、その帰属者たる社員を株主と呼ぶのである。

上のように、株式は、細分化された割合的単位の形をとるが、このような単位は、本来、必ずしも常に均等（すべての株主にとって、大きさ・内容などについて均一であること）のものであることを要しない（会108、109Ⅱ）ものの、定款に特段の定めがない限り、均一の割合的単位の形をとるのが原則である（すなわち、持分均一主義を原則とする）。そして、各株主は、その株式を複数所有することが認められるのである（持分複数主義という）。なお、旧有限会社の社員の地位もまた、株式会社のそれと同じく、均一の割合的単位（出資口数）に細分化されていた（旧有10。なお、第4章10－4参照）。

このような工夫により、株式会社においては、必ずしも潤沢な資金を有しない者も、自己の資力に応じて、容易に株主となることができ（この点から観れば、株式は、会社によって設定された割合の出資単位でもある）、株主・会社間に生起する集団的法律関係を、株式という単位を基準にして、簡便に処理することが可能になる。わけでも、会社に対する支配力および会社^{あずか}の利益に与る権利を、社員の人的関係から離脱させ、数量として比較対照しうる単位化（物化）した点に、株式の大きな意義を認めることができる。

3. 株式概念の理解に係る主要なわが株式制度の変遷

3－1. 緒言

株式という概念を理解するために必要な最初の知識を、どの順序で、どの程度まで説明しておくかというのは、悩ましい問題である。過去の会社法・商法

体系書においても、苦心の試行錯誤の跡が見られる。以下の記述の順序・内容の踏み込み方が必ずしも最善であるとは思わないが、これもまた試行錯誤の一環であると捉えられたい。

3-2. 完全無額面株式制度への歩みおよび出資単位としての株式の大きさ規制の撤廃

3-2-1. 昭和25年（1950年）改正前

昭和25年改正前商法199条は、「株式会社ノ資本ハ之ヲ株式ニ分ツコトヲ要ス」と定め、同202条1項が、「株式ノ金額ハ均一ナルコトヲ要ス」として、資本金の一定部分を表わす額面株式（額面のある株式、すなわち定款に1株の金額の定めがあり、かつ株券に券面額が表示される株式（平成13年（2001年）（法79）改正前商166Ⅰ④、225④））の発行のみを認めていた。額面の法定最低額は、昭和23年（1948年）までは、分割払込みの場合が50円、全額払込みの場合が20円であったが（昭和23年改正前商202Ⅱ）、同年改正によって全額払込制が採用された後は一律20円であった（同年改正後商202Ⅱ）。

すなわち、昭和25年（1950年）改正前の商法は、定款に資本金の総額を掲げ（同年改正前商166Ⅰ③）、資本金を株式に分かつものとしていたのであり、この当時の株式は、「資本金を構成する単位たる一定の金額」を意味していたのである。この法制の下では、いわば資本金をもって会社事業を象徴し、この資本金に対する株式の金額の割合により、会社事業における社員の持分ないし社員の会社に対する法律上の地位が定められるという構造になっていた⁷⁾。

3-2-2. 昭和25年（1950年）改正

これ以前のわが商法は、要するに、「株金総額に対する持株の金額」という物差しによって、各株主の権利の割合を数量的に計測していたといえる。しか

（7）同前294頁。

し、全額払込制（平成17年（2005年）改正前商177 I、280ノ7、なお、会34 I、63 I、208 I 参照）と株金均一主義（平成13年（2001年）（法79）改正前商202 I）を原則とする限り、額面株式であっても、結果的には、「総株数に対する持株の数」という物差しによって、各株主の権利の割合を数量的に計測しているのと同じことになる。すなわち、単位としての株式が均一であれば、株主の会社に対する権利の割合を必ず金額をもって表示しなければならないとはいえず、株式数で表わしさえすれば、株金額で表わす必要性は存在しないことになる⁽⁸⁾。実際上も、額面株式の額面額は、かつて少なくともそれだけの額が会社に出資として^{きょうしき}醸出された事実を示すものにすぎず、刻々と変化する現時の株式の価値それ自体と無関係なのであるから、ややもすれば、かえって一般の誤解を招く虞れもあった。額面株式の価値は、会社企業自体の経済的評価によって定まり、額面額は、株式の価値を表わすものではないからである。

そこで、昭和25年（1950年）改正法は、額面株式に加えて、無額面株式（額面がなく、原則として株式の価値を反映するいかなる価額でも発行しうる株式）の発行を認め、会社は、定款でとくに制限しない限り、両者をともに発行できるものとした（同年改正後商199）。この場合には、額面株式たると無額面株式たると、上で示したように、1株は1株として等価値である。ただし、額面株式の額面額には、会社財産を確保するための作用が法律上当然に結びつけられるという政策が採られたため、両者の間に第2次的な差異は生じた⁽⁹⁾。

この改正の際、額面株式1株の法定最低額面額は、500円に引き上げられた⁽¹⁰⁾

(8) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法（3）』（有斐閣・1986年）4頁〔前田庸〕参照。

(9) 鈴木竹雄『新版会社法（全訂第1版）』（弘文堂・1974年）77頁参照。

(10) しかし、この改正にあたり、既存会社の従来の額面株式の額面額を強制的に引き上げることはせず、同改正前の商法によって成立した会社は、額面額の最低限を従来のまま維持できるものとし、このような会社は、額面500円未満の株式を額面500円以上とするために株式を併合できるものとした（昭和25年（1950年）改商附則Ⅳ、昭和26年（1951年）改商施10）。実際上、上場会社では昭和23年（1948年）改正前に分割払込制の下で額面額を50円として設立したものが多く、このうち額面額を500円に改め

（同年改正後商202Ⅱ）。株式の発行価額（募集株式の払込金額）は、その時点における会社企業の経済的価値を反映する時価を基準に決定されるのが原則であり、したがって、額面株式を額面額以上で発行することもできたが（プレミアム（premium）付発行）、額面額には、発行価額の最低限を画する作用があったから、額面未満での発行は許されなかった（同年改正後商202Ⅲ）。この点において、額面株式は会社の資金調達のうちで難があった（1株当たりの時価が額面額を下回るような会社業績不振時を想定すれば、容易に理解できよう）。さらに、額面株式の額面額には、株主の醸出する出資の基準たる作用もあったから、発行済額面株式の株金総額（1株の額面額に発行済額面株式総数を乗じた額）は、資本金に組み入れられるべきものであったが（同年改正後商284ノ2Ⅰ）、額面株式を額面額を超える価額で発行したときは、超過部分は資本金に組み入れられず、資本準備金として留保されるべきものとされた（同年改正後商288ノ2①）。このような資本金構成が、下に述べる無額面株式の資本金構成と異なっていたため、その差異が、当初、無額面株式の普及の障害の一因になったことは否めない。

無額面株式の発行においても、その発行価額が時価を基準に決定されるのが原則であることは、額面株式とまったく同様である。しかし、無額面株式には発行価額の最低限を画する額面額がないので、いかなる価額で発行することも可能であり、資金調達には便宜である。もっとも、同年改正法の下では、設立の際に無額面株式を発行するときのみ、定款で最低発行価額を定める必要があったが（同年改正後商166Ⅰ⑦）、会社成立後の発行価額は、この定め拘束されず自由であった。無額面株式は、その発行価額の全額を資本に組み入れる

たものはさきわめて少なかった。しかも、昭和25年改正法の下で成立した会社が、市場における株価の割負け（同業種で同程度の企業内容である2つの銘柄を比較したとき、一方が他方より人気が薄く、安いという状態）を防ぐなどの目的で、同年改正前の商法によって成立した会社に吸収合併される方法で500円の額面額を50円に引き下げたことも少なくなく、この方法も違法ではないと解された（東京地判昭和52年（1977年）6月2日下民集28巻5－8号635頁）。以上、北澤・注（1）前掲143頁。

のを原則としていたが（同年改正後商284ノ2Ⅰ）、発行の毎に定めるその発行価額の4分の1を超えない額を（設立時にはその最低発行価額を超える部分であって発行価額の4分の1を超えない額を）資本金に組み入れることなく、これを資本準備金として留保することも許された（同年改正後商284ノ2Ⅱ、288ノ2②）。

以上によれば、額面株式の額面額に、株式を発行する際の最低限度価額および資本金組入分の最低限度額としての意義が認められる点を除けば、額面株式も無額面株式も、その法律上の内容にまったく差異がないことが理解できよう。額面・無額面の別と数は、設立に際して発行する株式については定款で定めるが（同年改正後商166Ⅰ⑥）、会社成立後に発行する新株については、定款に別段の定めがない限り、原則として取締役会が決定できた（同年改正後商280ノ2①）。これは、両者が株式としてまったく対等であり、内容もその経済的価値も異ならないに他ならないからである。

いずれにせよ、この改正において、株式は、資本金の均等な割合的単位たる意味を失ったのである。ここにおいて、資本金と株式との関係は切斷された。

3-2-3. 昭和41年（1966年）改正

昭和25年（1950年）改正当時には、額面株式と無額面株式との相互転換は認められないと解されており、またそれが通説であった⁽¹¹⁾。

昭和41年（1966年）改正は、この問題を立法的に解決した。額面株式と無額面株式とは、その内容たる権利に何らの差異もないものであるから、会社が額面株式と無額面株式の双方を発行している場合には、定款に別段の定めのない限り、株主はその有する額面株式を無額面株式とし、またはその有する無額面株式を額面株式とすることを請求することができるものとした（同年改正後商213Ⅰ）。ただし、無額面株式を額面株式に転換することは、資本金額が額面株式1株の金額に発行済株式の総数を乗じた額に満たないときは許されない（同

(11) 鈴木・注（9）前掲79頁脚注（3）。

年改正後商213Ⅱ）。これを許すと、資本金額が当時の商法284条ノ2によって算出される結果、資本金額に見合う金額が会社に保有されないことになるからであり、額面株式の額面額未満の発行の禁止の潜脱に繋がるからである（無額面株式を額面未満価額で発行のうえ、これを額面株式に転換すれば、潜脱が可能になる）。上のような相互転換がなされても、会社の資本金額には変動を来たさない（同年改正後商284ノ2Ⅲ）。これは、資本金と株式との関係が切断されているので、徒らに煩雑になることを避けるためであった⁽¹²⁾。

株主の請求による額面・無額面株式の個別転換を許容したのは、額面株式と無額面株式の双方を有する株主が、双方の株券を会社に提出し、いずれか一方への株券の併合を求めうようにすることにあつたが、このような改正は、株式事務上無きに勝るとしても、喫緊^{きつじん}と言えるほどのものでなく、また、このような相互転換を認めることによって、両者の株式の同一性が認識され、無額面株式に対する偏見の除去という効果も期待されたようであるが、会社側のイニシアチブ（initiative）による一斉転換を正面から認めるならともかく、株主の請求による個別転換を認めるだけでは、そのような効果もあり期待できないと評価されたようである⁽¹³⁾。

3-2-4. 昭和56年（1981年）改正

この年の改正は、改正後設立される新設会社について、会社の設立に際して発行する額面株式の最低額面額を5万円としたが（同年改正後商166Ⅱ）、会社の成立後は、このような制約を設けず、額面額の最低限の制限を廃止した⁽¹⁴⁾（同

(12) 詳細は、北澤正啓「会社の決定による額面・無額面株式の一斉転換」『株式会社法研究』（有斐閣・1976年）所収139頁参照。

(13) 北澤・同前138頁参照。なお、戸川成弘「高度経済成長と開放経済体制への移行」浜田道代編『日本会社立法の歴史的展開』（商事法務・1999年）347-348頁が、この改正に関して最も簡明に理解できる。

(14) この改正に基づき、株式分割により500円の額面を50円に引き下げた上場会社も多かった。それゆえ、上場会社の大多数は、額面株式が廃止されるまで、額面50円の会社が多数を占めていた。

年改正前商202Ⅱの削除)。会社の設立に際して発行する額面株式について、その最低額面額を引き上げたのは、貨幣価値からみて⁽¹⁵⁾、株式の流通と管理の実態に照らし株式単位の合理化を図るものであったが、この制約を会社の成立後に及ぼさなかったのは、株式分割等を容易にするためであった⁽¹⁶⁾ (既存会社に対する措置については、本章3-4-1参照、以下同じ)。

また改正法は、新設会社について、会社の設立に際して発行する無額面株式の発行価額は5万円を下ることができないものとしたが(同年改正後商168ノ3)、この制約も当然に会社の成立後には及ばないものであった。

しかし、会社成立後の株式単位について何らの制限も設けないとすれば、株式分割等により株式単位が著しく引き下げられる虞れがあったため、改正法はこの点に配慮した規定を設けた。すなわち、株式の無償交付、株式分割等を制限し、法定準備金の資本金組入れによる株式の発行と額面株式の発行価額中額面を超えて資本金に組み入れたものについてなす株式の発行(無償交付⁽¹⁷⁾)および株式分割の場合には、最終の貸借対照表により会社に現存する純資産額を発行済株式総数に新株の数を加えた数で除した額が5万円を下ってはならず(同年改正後商293ノ3Ⅱ後段、293ノ3ノ2Ⅱ、293ノ4Ⅱ、平成2年(1990年)改正後商218Ⅱ後段)、また、抱合せ増資⁽¹⁸⁾の場合には、最終の貸借対照表

(15) 必ずしも参考資料として有益とはいえないが、昭和56年(1981年)当時の厚生省(現厚生労働省)の統計によれば、同年次の新規大学卒業者(男子)の初任給平均額は、12万8千円であった。また、56年改正法が施行された日(昭和57年(1982年)10月1日)の日経平均株価の終値は、6,849円78銭であった。

(16) 北澤正啓「会社法根本改正の計画とその一部実現」浜田道代編『日本会社立法の歴史の展開』(商事法務・1999年)431頁。もっとも、額面額は定款の記載事項であったため(平成13年(2001年)改正前商166Ⅰ④)、額面額に影響のある株式分割は、定款の変更を要し、煩瑣ではあった。

(17) 資本準備金の資本金組入額または時価発行の額面超過資本金組入額を引当てとする新株発行(実質的には株式分割)を平成2年(1990年)改正前は、こう称していた(平成2年改正前商293ノ3、293ノ3ノ2)。

(18) 株式の発行価額のうち、一部分を配当可能利益もしくは法定準備金の資本金組入額または額面株式の額面超過資本金組入額によって無償とし(すなわち、発行価額の

により会社に現存する純資産額に払込みをさせる金額の総額を加えた額を発行済株式総数に新株の数を加えた数で除した額が5万円を下つてはならないとした⁽¹⁹⁾（同年改正後商280ノ9ノ2Ⅰ後段）。要するに、会社成立後において株式分割等により株式数を増加する場合には、1株当たりの純資産額が5万円以上でなければならないとして、株式の大きさ（1株の出資単位）の規制を加えたのである。

額面株式の発行価額が額面を下つてはならないのは、これまでと同様であり（同年改正後商202Ⅱ）、無額面株式の発行価額も、上に述べたように設立の際に5万円を下つてはならない点（同年改正後商168ノ3）を除き、成立後にあっては発行額の最低限がないことも、これまでと同様である。

改正法は、資本金構成の点でも、額面株式と無額面株式とを基本的に同様に扱うこととした。すなわち、原則として発行済株式の発行価額の総額が資本金に組み入れられるが、発行価額の2分の1を超えない額を資本金に組み入れないことができ、この額（払込剰余金）は資本準備金となる。ただし、額面株式の場合には、少なくとも額面額は資本金に組み入れなければならない、会社の設立に際して発行する無額面株式については、少なくとも5万円以上は資本金に組み入れなければならない（以上、同年改正後商284ノ2Ⅰ・Ⅱ、288ノ2Ⅰ①）。改正法は、上のとおり資本金構成の面でも額面株式と無額面株式とを同様に扱い、両者の接近をはかったのである。

さらに改正法は、従来の株主の請求による額面株式・無額面株式間の個別転換に加え、一定の制限の下に、会社の決定による額面株式と無額面株式の相互転換を認めた⁽²⁰⁾。すなわち、会社は、取締役会の決議により、その発行してい

一部財源につき、これらを引当てとする）、残りの部分を有償とする新株発行のことである。発行価額自体はあくまで額面額となる。昭和49年（1974年）改正時に、この対処規定が設けられた（同年改正後商280ノ9ノ2）。

(19) 北澤・注（16）前掲432頁。

(20) 改正前にあっても、解釈によってこれを認める見解もあった。北澤・注（12）前掲135頁以下。

る額面株式を無額面株式とし、また無額面株式を額面株式とすることができる
とするとともに、資本金の額が額面株式の額面に発行済株式総数を乗じた額に
満たないときは、無額面株式を額面株式とすることができないものとした（同
年改正後商213 I・Ⅲ）。相互転換によって資本金額に変動を来たさないことは
従来と同様である（同年改正後商284ノ2 IV）。

これにより、額面株式と無額面株式の双方を発行している会社は、株式の構
成を単純化することができ、また、額面株式を発行している会社は、額面株式
を無額面株式に転換し、以後、額面株式の場合のように総会の特別決議による
額面額の変更を必要とせず（額面額の変更には定款の変更を要する。平成13年
（2001年）（法79）改正前商166 I ④、342 I、343）、取締役会の決議だけで株
式分割（平成2年（1990年）改正前商293ノ4 I、同年改正後商218 I）をなし
うようになった⁽²¹⁾。加えて、額面株式と無額面株式の同一性を広く認識させ
る効果も、これまで以上に期待できた。定款上、発行できる株式を特にいづれ
か一方の株式に限定する旨の規定がない限り、定款変更の必要がないから（平
成13年（2001年）（法79）改正前商199参照）、額面株式から無額面株式への一
斉転換の利用が容易になったといえよう。

3-2-5. 平成13年（2001年）法79号改正以降

この改正により、わが国の株式会社が発行できる株式は、すべて無額面株式
となった。

すでに述べたように、わが国は、額面株式につき株金均一主義を採用してき
たため、額面額の持つ意義は乏しく、かえって額面額に何らかの経済的意味が
あるかのように取り扱われる弊害があった⁽²²⁾。

昭和56年（1981年）改正法は、会社設立時の額面額については5万円という

(21) 北澤・注(16) 前掲434頁。

(22) 弊害の具体例については、江頭憲治郎『株式会社法（第2版）』（有斐閣・2008年）
121頁脚注(4) 参照。

法定最低限度を設定したが（平成13年（2001年）（法79）改正前商166Ⅱ）、会社成立後については規制がなく、定款の変更により額面額を引き下げたうえで5万円未満の発行価額による新株発行を行うことは自由であるとする見解が当時の通説であった⁽²³⁾。したがって、もはや額面額は「出資単位の維持」という機能を喪失していた。

額面株式を発行すると少なくとも額面額を資本金に組み入れるよう求められたことから（平成13年（2001年）（法79）改正前商284ノ2Ⅱただし書、357柱書後段、374ノ5後段、374ノ21柱書後段、413ノ2Ⅰ柱書後段・Ⅱ後段）、額面（株金）総額〔＝^{イコール}額面額に発行株式数を乗じた額〕が資本金を下回ってはいけないという公式のようなものができあがり、これが様々な点で無用の制約になっていた⁽²⁴⁾。龍田節が、無額面株式の併存を認める以上、このような公式は成り立つはずもないと指摘していたにもかかわらずである⁽²⁵⁾。

以上のように、額面株式の額面額にはもはや積極的な存在意義が見出せず、かえって会社の行為に対する桎梏^{しごく}でしかなかった⁽²⁶⁾。これらが、改正法がわが株式制度を無額面株式に一本化した理由であった。

さらに、すでに述べたように、昭和56年（1981年）改正法において、改正後設立された会社（新設会社）については、会社設立の際には額面株式1株の金額の最低額面額、無額面株式の最低発行価額、会社成立後において株式分割等により株式数を増加する場合の1株当たりの純資産額は各々5万円以上でなければならないとして（同年改正後商166Ⅱ、168ノ3、280ノ9ノ2Ⅰ後段、293ノ3Ⅱ後段、293ノ3ノ2Ⅱ、293ノ4Ⅱ、平成2年（1990年）改正後商218Ⅱ後段）、1株の出資単位の大さの規制を設けたが、合わせてこの規制も撤廃された。

(23) 同前116頁。

(24) 龍田節『会社法大要』（有斐閣・2007年）208頁。

(25) 同前。すでに、同『会社法（第9版）』（有斐閣・2003年）197頁でそう指摘していた。

(26) 江頭・注（22）前掲120頁。

上のような株式の出資単位の大きさの規制は、すでに言及した理由に加え(本章3-2-4)、会社の資金調達の便宜、市場の状況、株主の管理費用(総会招集通知・開催の費用)などの関係から、株主の権利の行使の単位として適当な大きさに設定するために設けられたものであった⁽²⁷⁾。しかし、時代とともにベンチャー(venture)企業など資産額の十分でない企業への少額投資を阻害しないようにしようという配慮が力を得て、株式の大きさを維持しようとする規整が疑問視され、これを緩和して、株式の大きさは、株式の流通や資本調達による市場環境、株主管理費用などを勘案して、各会社が自主的に決めればよいと考えられるようになった。会社が不必要に株式数を多くすれば、株式管理コストが増大するから、株式の大きさは市場機能で調整されると考えられたのである⁽²⁸⁾。

かくして、現行法の下では、株式といえばそれは無額面株式を意味し、また、出資単位としての1株の大きさに何の制限もなく、これを決定するのは各会社の自治に委ねられている。

具体的な1株の大きさの調整の詳細に関しては、会社による株主管理の問題の一環として、後述する(主に第3帖を予定)。

3-3. 端株制度の変遷

3-3-1. 昭和56年(1981年)改正前

新株の発行または株式の併合などの際に、常にすべての株主の持株数が整数であることを維持することは不可能であり、どうしても少数点以下の端数株を生じることが避けられない。たとえば、旧株2株を併合して新たに1株にすると、旧100株の株主は新たに50株の株主となるが、旧101株の株主には、計算上、50.5株という端数株が生じる。

昭和56年(1981年)改正前の商法は、1株に満たない端数株は、それが生じ

(27) 加美和照『新訂会社法(第9版)』(勁草書房・2007年)135頁。

(28) 関・注(4)前掲49頁。

た時点で直ちに処理し、少数点以下の端数株が残ることを認めなかった。すなわち、新株引受権⁽²⁹⁾について生じた端数株については、その切捨てを認め（同年改正前商280ノ4Ⅰただし書）、株式配当⁽³⁰⁾（同年改正前商293ノ2Ⅲ）、無償交付（同年改正前商293ノ3Ⅲ）、株式分割（同年改正前商293ノ4Ⅱ）および一定の場合の株式の併合（同年改正前商379Ⅰ、416Ⅲ）の際に生じる端数株については、その売得金を分配するよう規定していた。すなわち、法に定めがない限り、端数株を生じる会社の行為を認めない趣旨であった。

3-3-2. 昭和56年（1981年）改正

すでに述べたように（本章3-2-4）、この改正によって、1株当たりの純資産額が5万円以上でなければならないとする株式の大きさの規制が加えられた。このように、株式単位が経済的に無視しえない大きさになると、端数株の価値も大きくなるため、端数株主の保護を厚くする必要が生じた。

改正法は、従来と異なり、1株に満たない端数株を下に述べるように「端株^{はかぶ}」と称し、これをそのまま残存することを認める法政策を採用した。

まず、端株登録制度を創設し、株式の発行、併合または分割により記名株式（本章3-5参照）につき1株の100分の1の整数倍に当たる端数を生じたときは、これを端株と称して、会社は、その定める期日までに記載を欲しない旨の申出があったものを除き、その端数につき、端株主の氏名・住所などの法定

(29) 株主が、その持株数に応じて新株を優先的に引き受ける権利のこと。会社法は、この用語を廃止した。

(30) 株主総会の特別決議により、利益の配当の全部または一部を新たに発行する株式で行うことを、平成2年（1990年）改正前にこう称した（同年改正前商293ノ2）。その性質については争いがあり、多数説は、利益配当の一種と解していたが、配当可能利益の資本金組入れをとともう株式分割と解すべきであるとの有力説があった（北澤正啓『会社法（初版）』（青林書院新社・1979年）522頁）。平成2年改正法は、後者の説を容れ、その手続を配当可能利益の資本金組入れ（同年改正後商293ノ2）と株式分割（同年改正後商218）との2つに分解・純化した（江頭・注（22）前掲267頁脚注（3）参照）。

事項を端株原簿に記載することを要するものとした（同年改正後商230ノ2）。

次いで改正法は、端株原簿に記載のある端株主は、会社に対し端株券の発行を請求できるものとした（同年改正後商230ノ3Ⅰ）。端株券は無記名式の要式証券であり（同年改正後商230ノ3Ⅱ・Ⅲ）、端株は、端株券の交付によって譲渡できるほか（同年改正後商230ノ3Ⅴ→205Ⅰ）、取引安全に係る株券に関する若干の規定が準用されていた（同年改正後商230ノ3Ⅴ→205Ⅱ、229、230）。

さらに改正法は、端株原簿に記載があると否とを問わず、端株券を有すると否とを問わず、端株主に対して、当然に株主の自益権（本章7-2参照）の一部を与えた（同年改正後商230ノ4）。加えて、定款によって、法の定める範囲で端株主に自益権の一部を与えることができるものとした（同年改正後商230ノ5）。端株主には、端株原簿の閲覧・謄写権も認められた（同年改正後商263Ⅲ）。しかし、上述以外の権利は、端株主には一切認められなかった（同年改正後商230ノ6）。

端株原簿に記載のある端株主は、その有する端株と併せて1株となるべき端株原簿に記載すべき端株を取得した時、またはその有する端株と併せて1株となるべき端株券を会社に提出した時に株主となる（同年改正後商230ノ8Ⅰ）。また、端株券を有する端株主は、併せて1株となるべき端株券を会社に提出した時に株主となる（同年改正後商230ノ8Ⅱ）。ただし、この者の総会議決権につき、技術上の調整規定が設けられていた（同年改正後商230ノ8Ⅲ）。

3-3-3. 平成2年（1990年）改正

端株は、上述のように限られた譲渡しかできず、権利も一部しか認められない。したがって、端株主がこれを積極的に保有する魅力はない。また、端株券の発行は、会社の事務負担の増大になるだけである。そこで、平成2年（1990年）に、端株制度の一部手直しが行われた。

就中、会社は、定款をもって端株券を発行しない旨を定めることができ、この定めがある場合には、端株主は、会社に対し、自己の有する端株を買い取る

べき旨を請求することができるものとした点が重要な改正であった（同年改正後商230ノ8ノ2参照）。

3-3-4. 平成13年（2001年）法79号改正

すでに述べたように（本章3-2-5）、この改正は、1株の出資単位の大きさの規制を撤廃した。こうなると、出資単位が小さい会社や、閉鎖的で小株主がいない会社においては、発生する端数株を端株とするよりは、これを会社の側で株式に纏めて売却・換価・分配する方がはるかに容易で合理的である。それゆえ、商法は、端株制度の採否そのものを定款の定めに委ねてしまった（同年（法79）改正後商220ノ2Ⅱ、220Ⅰ本文）。なお、この改正では、端株に関する条文番号に大きな移動をともなった。

さらに、端株券制度を全廃し、端株原簿に記載のある端株主は、会社に対し、自己の有する端株を買い取るべき旨を請求することができるのみ規定し（同年（法79）改正後商220ノ6Ⅰ）、端株主の投下資本の回収をこの方法に一本化した。これは端株制度の簡略化に資するとともに、同年改正の眼目のひとつであった自己株式取得規制緩和政策の一環であったとも評価できよう。

3-3-5. 平成14年（2002年）改正

端株制度に最後の工夫が加えられた改正であった。すなわち、会社は、定款をもって端株主がその有する端株と併せて1株となるべき端株を売り渡すよう会社に対し請求できる旨を定めることができ、端株主がその請求をしたときは、請求時に会社が端株（端株とするために分けるべき株式も含めて）を有しない場合を除き、会社は自己の有する端株を譲渡しなければならないものとした（同年改正後商220ノ7Ⅰ）。すなわち、端株主が株主となるための端株の買増請求を認めたのである。

3-3-6. 端株制度の廃止

上のような努力にもかかわらず、端株制度は不評であり、利用頻度も低かった⁽³¹⁾。そこで、会社法は端株制度を全廃した(経過措置につき会社法整備86)。

現行法の下では、端数株が生じた場合には、その端数の合計数(これに1未満の端数があれば切捨て)に相当する数の株式をまとめて競売あるいは法が認める方法によって売却し、その売得金を端数株を生じた者に分配することになっている(会234、235)。

3-4. 単位株制度から単元株制度へ

3-4-1. 昭和56年(1981年)改正

3-4-1-1. 単位株制度の創設

繰り返し述べるように、同年改正は、新設会社について、出資単位としての株式の大きさに制限を設けた(本章3-2-4)。しかし、同年改正法施行時(昭和57年(1982年)10月1日)に存在する会社(既存会社)については、その規整を適用せず、暫定措置との予定の下に単位株制度という制度を採用した。この制度を暫定措置としたのは、既存会社の株式単位を引き上げるため、この制度を通じて、株式の併合に導く意図があったためとされている⁽³²⁾。なお、同年改正法は、最終の貸借対照表により会社に現存する純資産額を発行済株式総数で除した額(1株当たりの純資産額)が5万円未満の会社が、その額を5万円以上とするため、株主総会の特別決議により、株式併合をなしうるとの措置も講じていた(同年改正後商293ノ3ノ3I)。

3-4-1-2. 単位株制度の概要

単位株制度は、昭和56年(1981年)改正商法附則中に規定されたものであった。

(31) 江頭・注(22)前掲272頁、龍田・注(24)前掲210頁参照。

(32) 北澤・注(1)前掲273頁参照。

同年改正商法施行時に現存する株式会社（額面株式の額面が5万円以上の会社および1株当たりの純資産額が5万円以上の会社を除く）で、①証券取引所（現在の法律上の名称は金融商品取引所）に上場されている株式を発行する会社（上場会社）には単位株制度を強制し、②それ以外の会社（非上場会社）は、定款により単位株制度を任意に採用できるものとし、加えて、いったん採用すればこの制度を廃止できないものとした（同年改商附則15Ⅰ・Ⅱ）。

上述の①の会社では、5万円を額面株式の額面額で除した数または定款で別段に定める数を、②の会社では、定款で定める数を株式の「1単位」とするが、1単位を過小に定めることを防止するため、定款で定める1単位の株式の数は、5万円を額面株式の額面額で除した数以上、または、5万円を最終の貸借対照表により会社に現存する純資産額を発行済株式総数で除した額（1株当たりの純資産額）で除した数以上でなければならないものとした（同年改商附則16Ⅰ・Ⅱ）。

単位株制度の最大の眼目は、株式は、1単位の株式についてのみ、すべての権利を行使しうるものとし、同年改正商法附則18条1項によって、1単位に満たない数の株式（単位未満株式）について、一定の権利（わけても議決権を含む共益権を中心に）の行使を制限した点にあった⁽³³⁾。

会社は、附則が許容する例外の場合を除き、単位未満株式につき株券を発行してはならず、また単位未満株式の譲渡（既発行の単位未満株券の交付による譲渡）につき原則として株主名簿の名義書換えをしてはならない（同年改商附則18Ⅱ・Ⅲ）とされていた⁽³⁴⁾。これらの制限は、権利行使の制限と相俟って、単位未満株式の整理を促すことが意図されていた⁽³⁵⁾。

さらに、単位未満株式の解消をはかるとともに単位未満株主を保護するため

(33) 単位未満株式の株主（単位未満株主）が行使できた権利については、北澤・注（1）前掲275頁参照。

(34) 詳細につき、同前参照。

(35) 北澤・注（12）前掲439頁。

(経済的に保護すべく)、株主が会社に対し単位未満株式の買取りを請求することができるものとした(同年改商附則19Ⅰ。その手続は同19Ⅱ～Ⅳ)。会社は、買い取った株式を1単位に纏めて売却すればよい。

繰り返し述べるように、上の制度は当初、既存会社の株式の出資单位の大きさを株式の併合によって引き上げるための暫定措置と位置づけられていたもので、昭和56年(1981年)改正商法附則15条1項は、単位株制度を強制された会社および単位株制度を任意に採用した会社については、別に法律で定める日に、1単位の株式を1株に併合する旨の株主総会の決議があったものとみなすことを予定していたのであった。

3-4-2. 平成13年(2001年)法79号改正以降

3-4-2-1. 恒久的制度としての単元株制度

単位株制度は、会社にも、当時の証券取引所の売買単位に満たない単位未満株式を有する株主にも歓迎され、制度自体は円滑に動いたものの、施行後20年を経過しても、株式の併合が円滑に行えるほど上場会社の単位未満株式数は減少しなかった⁽³⁶⁾。上に述べたように、単位株制度の意義は、要するに、出資単位としての株式の大きさを実質的に5万円以上に設定・維持し、将来は強制的な株式の併合によって1単位の株式を1株にするための過渡的制度たる点にあった。しかし、平成13年(2001年)法律第79号改正法は、出資単位としての株式の大きさを会社が自由に定めることができたとしたので(本章3-2-5)、1単位の株式を法律によって1株に併合するという当初の目的が失われた。これによって、単位株制度はその存在意義を失ったのである⁽³⁷⁾。しかし、単位株制度を廃止してしまえば、従来の単位未満株式がすべて完全な株式に復し、その結果、単位株制度を強制され、あるいはこの制度を採用していた会社にあつては、株主管理費用その他の関連費用(株券の印刷費など)の新たな大

(36) 江頭・注(22)前掲273頁脚注(1)。

(37) 河本一郎『現代会社法(新訂第9版)』(商事法務・2004年)256頁。

きな負担が生じる。

そこで、平成13年（2001年）法律第79号改正法は、単位株制度の後継制度として、単元株制度を恒久的なものとして整備したのである。

3-4-2-2. 単元株制度の概要

単元株制度の眼目は、単位株制度を廃止し、議決権とこれを前提とする権利だけを「単元」という括りによって制限する新たな仕組みを作り上げる点にあったといえよう。

株式の大きさの決定を会社の自由裁量に委ねたことに対応して、単元株制度を採用するか否かもまた、会社の自由裁量に委ねられ、1単元の株式数については、1,000および発行済株式の総数の200分の1に当たる数を超えない範囲で、定款で自由に定めることができるものとした（同年（法79）改正後商221Ⅰ）。1単元が過大にならないよう配慮されている。200分の1の200という数は、当時存在した株式会社の最低資本金1千万円（平成17年（2005年）改正前商168ノ4）を平成13年（2001年）法律第79号改正前商法下の最小の株式の大きさである5万円で除した数であった⁽³⁸⁾。

単元株制度は、株式制度の選択可能な制度のひとつとしてこれに組み入れられたのであるから、単元未満株主の拡散を防ぐ必要はないとして、単元未満株式でも名義書換えの制限はせず、定款で制限されない限り、株券の発行もできるものとした点が単位株制度と異なっていた⁽³⁹⁾。すなわち、会社は定款をもって単元未満株式に係る株券を発行しない旨を定めることができたが、単元未満株主のために必要と認めるときは、定款の定め如何にかかわらず、単元未満株券を発行できるものとされていた（平成13年（2001年）（法79）改正後商221Ⅴ）。当時は、この規定の下でも、単元未満株主の要求が単元株制度の趣旨に反することなく、合理的なものである限り、会社は単元未満株券を発行する義務があ

(38) 同前258頁。

(39) 同前257頁参照。

るとの有力説があった⁽⁴⁰⁾。

単元株制度を採用した会社では、株主は、1単元の株式につき1個の議決権を有すると定められた(平成13年(2001年)(法79)改正後商法241Ⅰただし書)。単元未満株主は、議決権を有しないこと明らかであるから、これを前提とする権利も認められない。それゆえ、たとえば当時の商法237条1項によって認められていた少数株主による総会招集権の規定の文言を平成13年改正前後で対照してみると、改正前には「六月前ヨリ引続キ発行済株式ノ総数ノ百分ノ三以上ニ当ル株式ヲ有スル株主ハ…」となっていたものが、改正後には「六月前ヨリ引続キ総株主ノ議決権ノ百分ノ三以上ヲ有スル株主ハ…」となり、単元未満株主の権利行使不能を明らかにしている。

単元未満株主は、会社に対して、いつでも単元未満株式の買取請求ができる(平成13年(2001年)(法79)改正後商221Ⅵ→220ノ6、その手続や買取価格の決定については、端株の規定が準用されていた)。単元未満株式につき株券が発行されているときは、請求に際して、その株券を会社に提出しなければならない(平成14年(2002年)改正後商221Ⅶ)。

株券が発行されている単元未満株主は、当該株券を第三者に譲渡することも可能である(平成17年(2005年)改正前商205Ⅰ)。定款による株式譲渡制限がなされているときも、その譲渡に関する商法所定の手続をとることができた(平成17年(2005年)改正前商204ノ2以下)。

平成14年(2002年)改正法は、端株の買増請求(本章3-3-4)の趣旨に合わせ、会社は、定款をもって、単元未満株主がその有する株式の数と併せて1単元の株式となるべき単元未満株式を売り渡すよう会社に対して請求できる旨を定めることができるものとした(同年改正後商221ノ2)。

なお、従来単位株制度を採っていた会社は、平成13年(2001年)法律第79号改正法施行時(同年10月1日)にそのままこれを1単元とする定款変更決議がなされたものとみなされた(同年法79改商附則9Ⅱ)。このような会社は、同

(40) 同前119頁。

じく同年改正法施行時に、単元未満株式に係る株券を発行しない旨の定款変更決議がなされたものとみなされた（同年法79改商附則9Ⅳ）。

3-4-3. 現行法の下での単元株制度の要諦

わが国の単元株制度の沿革は、上に述べたとおりであるが、平成17年（2005年）会社法は、単元株制度と端株制度とを一体化し、前者を存続させ後者を廃止したのである。

現行法下における単元株制度の意義については、龍田節がおおよそ以下のように簡明にまとめている。すなわち、広い範囲の人が投資に参加できることが、小サイズ（size）株式のメリット（merit）である。それだけ流通市場も形成しやすい。しかし、小さすぎるのも問題である。売買取引の事務処理が非効率でコスト高になる。投資やその管理がおろそかにされやすい。会社の経営や株主の権利についての関心が乏しく、真面目な権利行使を期待しにくい…小さいサイズのままで、短所を減らそうとするのが単元株制度である⁽⁴¹⁾。

単元株制度の採否は、株式の大きさに関わりなく、会社の自由に委ねられるが（会188Ⅰ）、1単元が過大にならないよう配慮されていることは現行法においても同様である。現在では、会社法188条2項を受け、会社法施行規則（平成18年（2006年）法務省令第12号）34条が、1単元とすることのできる株式数を1,000および発行済株式の総数の200分の1に当たる数と定めている。

単元株制度を採用した会社では、従来どおり、1単元の株式につき1個の議決権が認められ（会308Ⅰただし書）、単元未満株主には、議決権が認められない（会189Ⅰ）。議決権の行使を前提とする権利が認められないことも同様である。

単元未満株式といえど、それは独立の株式であるから、本来は原則として上記以外の権利が認められるべきであるが、会社法は、定款をもってしても制限できない一部の権利を除いて、会社が単元未満株主に付与する権利につき、定

(41) 龍田・注(24)前掲210頁。

款自治に委ねることとした（会189Ⅱ）。旧法と異なり、定款で単元未満株主の権利を縮減できることを認めたのは、この制度が従来の端株制度を吸収統合したものであるため、単元未満株主に、平成17年（2005年）改正前の端株主に近い地位（同年改正前商220ノ3参照、一定の権利を列挙して、それ以外の権利を有しないものとされ、列挙された一定の権利のうち、利益配当、株式の割当てを受ける権利等は定款で排除することが認められていた）を与えることを可能にしようとしたものであろう⁽⁴²⁾。それでも、現行法下の単元未満株主の地位は、平成17年改正前の端株主のそれよりも強い⁽⁴³⁾。単元未満株主の権利の内容の詳細については後述する（本章7－3）。また、単元株制度の採用・変更・廃止などについては、会社による株主管理の問題の一環として、後に述べる（主に第3帖を予定）。

この制度を採用した会社であって株券発行会社は、単元未満株式に係る株券を発行しないことができる旨を定款で定めることができる（会189Ⅲ）。単元未満株式の収束をはかり、株券発行コストを節約するため、多くはこのような株券の不発行を採用するであろう。株券発行の有無に関わらず、単元未満株主には、会社に対する単元未満株式の買取請求権が認められる（会192）。単元未満株主の投下資本の回収を容易にするためである。また、会社は、単元未満株主が会社に対して単元未満株式売渡請求（単元未満株主が有する単元未満株式の数と併せて単元株式数となる数の株式を当該単元未満株主に売り渡すことの請求）をすることができる旨を定款で定めることができる（会194Ⅰ）。

3－5．株券不発行原則化への歩み

3－5－1．株券の意義

株券とは、株式すなわち株主たる地位（株主権）を表章する有価証券のことである。1枚で複数の株式を表章してもかまわない。たとえば、1株券、10株

(42) 前田庸『会社法入門（第11版補訂版）』（有斐閣・2008年）138－139頁参照。

(43) 同前143頁。

券、50株券、100株券、500株券、1000株券などの種類がある。

ここでは、有価証券としての株券の性質については述べない（これについては、第4帖の下巻を予定）。

かつては、株式会社の株式は、これが発生すると必ず株券に表章された（額面株式の額面額を、通常、「券面額」と称したのもこのためであった）。株式の譲渡手続の方法には、下に述べるような変遷があったが、いずれにせよ、その処分には有価証券たる株券の交付が必須の要件であった。なお、有限会社については、持分を表章する有価証券の発行が、最初から禁じられていた（旧有21）。

3-5-2. 昭和13年（1938年）改正前

平成2年（1990年）改正前の商法は、記名株券（株券上に株主の氏名・名称の記載のある株券）と無記名株券（株券上にそのような記載のない株券）とを認めていた。昭和13年（1938年）改正前にあっては、株金全額の払込みが終了すれば、株主は、自己の株券を無記名株券とすることを請求することができ、また株主は、いつでも無記名株券を記名株券とすることを請求することができた（昭和13年改正前商155）。

立法当初の商法には、株式の譲渡方法に関する規定は存在しなかった。

無記名株式（無記名株券）については、それは動産とみなされ（民86Ⅲ）、その譲渡は株券の交付によると解されていた⁽⁴⁴⁾。この解釈は、昭和41年（1966年）改正まで維持された。

記名株式については、譲渡の対抗方法についてのみ、商法150条が、「記名株式ノ移転ハ取得者ノ氏名、住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ会社其他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」との規定を設けていた。この規定の下で、名義書換えのための白紙委任状の商慣習が生じ、これが大審院判例によって認知されたことはすでに述べたとおりである（第2章2-3）。この商慣習の下では、白紙委任状付記名株券の占有者は、適法の所

(44) 北澤・注（1）前掲237頁。

持人と推定されるが、その善意取得は、白紙委任状が真正であり、株券と白紙委任状の交付が任意になされたときに限り認められると解されていた⁽⁴⁵⁾。

3-5-3. 昭和13年（1938年）改正

同年改正によって、無記名株券の発行は、定款に定めがある場合に限って、株金全額の払込みが終了した株式について発行することができるものとされた（同年改正後商227 I）。なお、無記名株券の発行が、定款に定めのある場合に限って発行できるという法政策は、全額払込制を採用した昭和23年（1948年）改正後も残された。

同年改正法は、記名株式の譲渡方法につき規定を設け、定款に別段の定めのない限り、裏書によってこれを譲渡できるものとした（同年改正後商205 I）。そして、裏書の場合の善意取得につき小切手法21条を準用したが（同年改正後商229 I）、商法229条2項において「株主名簿ニ記載アル株主ノ為シタル裏書ガ真正ナラザル場合ニ於テ会社ニ就キ調査ヲ為サバ其ノ真偽ヲ判別スルコトヲ得ベカリシモノナルトキハ前項ノ規定ヲ適用セズ」と規定し、善意取得に大きな制限を課していた。この規定については、裏書制度の効用を根本から破壊するものであるとの、わけでも実務界からの批判が大きかった⁽⁴⁶⁾。それゆえ、記名株式の譲渡については、依然として、白紙委任状付譲渡という従来の商慣習が主流であったようである⁽⁴⁷⁾。

3-5-4. 昭和25年（1950年）改正

同年改正後の商法205条1項は、「記名株式ノ譲渡ハ株券ノ裏書ニ依リ又ハ株券及之ニ株主トシテ表示セラレタル者ノ署名アル譲渡ヲ証スル書面ノ交付ニ依

(45) 同前。

(46) 妹尾一雄「商法改正案に於ける株式法を評す」信託協会会報10巻（1937年）3号50-51頁参照。

(47) 北澤・注（1）前掲238頁参照。

リテ之ヲ為ス」と定め、記名株券を法律上当然の指図証券とし、しかも、定款で別段の定めをすることを認めなかった。上の譲渡証書による譲渡は、従来の白紙委任状付記名株式の譲渡を改善し制度化したものである⁽⁴⁸⁾。そして、裏書または譲渡証書の連続のある記名株券の占有者を適法の所持人と推定し、かつ、そのような株券の善意取得につき小切手法21条を準用し、昭和13年（1938年）改正法の善意取得の制約を撤廃した（同年改正後商205Ⅱ・Ⅲ、229）。

3-5-5. 昭和41年（1966年）改正

その後、株式取引の急増にともない、裏書または譲渡証書に必要な署名または記名捺印（押印）（昭和41年（1966年）改正前商205Ⅰ・Ⅱ、旧署名）が正式に行われず、上場株式の大部分が捺印（押印）のみの裏書または譲渡証書によって譲渡され、そのまま名義書換えのため会社に提出されるようになった⁽⁴⁹⁾。このような捺印（押印）のみの裏書または譲渡証書の効力については見解が多岐に分かれ⁽⁵⁰⁾、最高裁昭和38年（1963年）10月1日判決民集17巻9号1091頁は、捺印（押印）のみによる裏書は原則として無効と解すべきであり、ただ、譲受人が譲渡人の記名を補充し、または会社が譲受人の依頼に応じて自己の責任で譲渡人の記名を補充して名義書換えをなすことは妨げないが、「捺印のみの裏書による譲受人から株主名簿書換請求をうけた会社は、請求者に株式所持人たる形式的資格が欠けていることを理由に、適法の所持人たることを否認し、書換請求を拒みうるものと解すべきである」と判示し、捺印（押印）のみの裏書または譲渡証書に正式のものと同一の効力を認めえないことを明らかにし

(48) 同前。

(49) その実態については、戸川成弘「高度経済成長と開放経済体制への移行」浜田道代編『日本会社立法の歴史的展開』（商事法務研究会・1999年）343頁。

(50) 下級審判決例でも、捺印（押印）のみの裏書による株式譲受人が、譲渡人の記名を補充することなく会社に対して名義書換請求が可能か否か、肯定説と否定説とに分かれた。詳細は、戸川・同前343-344頁。

た⁽⁵¹⁾。このような最高裁の判断を背景に、実務界からも裏書廃止への要望が強かったようである⁽⁵²⁾。また、裏書または譲渡証書を要求しても、それらには、その真否が株式の取得者の権利に影響しないため株主の静的安全を保護する機能がなかった⁽⁵³⁾。

株主保護の観点から裏書廃止論に対する反対意見や慎重論もあったが⁽⁵⁴⁾、上のような事情が勝り、昭和41年（1966年）改正後の商法205条1項は、「株式ヲ譲渡スニハ株券ヲ交付スルコトヲ要ス」とのみ規定し、裏書および譲渡証書の制度を廃止した。また、同条2項は、「株券ノ占有者ハ之ヲ適法ノ所持人ト推定ス」とし、同229条は、「小切手法第21条ノ規定ハ株券ニ之ヲ準用ス」とした。

上記の規定は、記名株式（記名株券）のみならず無記名株式（無記名株券）にも等しく適用された。無記名株券は従来から有価証券として当然に無記名証券であったが、この改正によって、記名株券もまた指図証券でなくなり、有価証券としては、無記名証券に属することとなった。

株式につき、株券を発行することは、株主の会社に対する権利関係を明確にし、また、投下資本回収のための株式の譲渡を容易にするに資するものである⁽⁵⁵⁾。しかし、無記名証券に属する株券を所持して、盗難・紛失などの事故に遭えば、権利を失う危険性がきわめて大きい。また、記名株式にあっては、株主名簿にその氏名が記載してあれば、株主としての権利を行使できるから（平成17年（2005年）改正前商206Ⅰ）、株式を処分する予定がなければ、必ずしも株式を手許に所持する必要がある。このような、株式の流通よりも株式の安全な保持を欲する株主のため、記名株式について、株券不所持の制度が新設された。

株券不所持の制度とは、記名株式について、株券の所持を欲しない旨の株主

(51) 北澤・注（1）前掲238～239頁。

(52) 戸川・注（49）前掲344～345頁。

(53) 北澤・注（1）前掲239頁。

(54) 戸川・注（49）前掲345～346頁。

(55) 神田秀樹『会社法（第11版）』（弘文堂・2009年）83頁。

の申出により、会社が株券を発行しないか、または発行した株券を銀行（または信託会社）に寄託する制度である。昭和41年（1966年）改正後商法226条ノ2がその定めである。改正法は、定款でこの制度を排除できるものとした⁽⁵⁶⁾。株券不所持制度は、株主の便宜のために認められたものであるが、会社にとっては事務処理上煩雑な面があるので、とくに定款変更の手続をとって、本制度を採らない定めをした場合には、それを排除することを認めたのである⁽⁵⁷⁾。なお、現行法の下での不所持制度の詳細については、会社の株主管理の問題の一端として後述する（第3帖を予定）。

3-5-6. 平成2年（1990年）改正

同年改正法は、無記名株券の制度を廃止した（同年改正前商227、228の削除。同223Ⅱ、232Ⅲ、239Ⅱ、商施60の削除等）。

無記名株券は、すでに述べたように、昭和13年（1938年）改正以降にあっては、定款に定めがある場合に限り発行できたにすぎない（本章3-5-3）。

無記名株券を有する株主が株主としての権利を行使するには、株券を会社に供託する必要があった（平成2年（1990年）改正前商228）。一方で、記名株券を有する株主は、株主名簿の名義書換え（平成17年（2005年）改正前商206Ⅰ）さえ済ませておけば、その権利行使に際し、株券の供託はもとより、その提示すら不要であるし、株主に対する通知・催告は、株主名簿に基づいて個別的になされる（平成17年改正前商224Ⅰ）ため、権利行使の機会を逸することがない⁽⁵⁸⁾。このように、株主にとっては、無記名株式より記名株式の方が便宜である。

会社の側も、株主名簿の書換えを済ませた記名株式の株主に対しては、必要

(56) 詳細は、戸川・注(49) 前掲347頁。

(57) 前田・注(42) 前掲182頁。

(58) 北澤正啓「大小会社区分立法の計画とその一部実現等」浜田道代編『日本会社立法の歴史的展開』（商事法務研究会・1999年）498頁参照。

に応じて、株主総会の招集通知をなすとともに議決権の代理行使や書面による行使などを勧誘することができる（株主総会の詳細については、第3帖を予定）。無記名株式には、これらの便宜がない。会社は、また、無記名株式にあっては、総会において議決権を行使する者を総会の1週間前でなければ知りえない（平成2年（1990年）改正前商239Ⅱ参照）が、記名株式では3ヵ月余前に知ることができる⁽⁵⁹⁾（平成16年（2004年）改正前商224ノ3Ⅰ～Ⅲ、同年改正後商224ノ3Ⅰ・Ⅱ）。このように、会社にとっても無記名株式より記名株式の方が便宜である。

実務界にあっても、もっぱら記名株式が多く用いられてきた事情もあって、改正法は、無記名株券の制度を廃止した。この改正以降、わが国の株券はすべて記名株券となり、株券の法定記載事項に株主の氏名が加えられた（平成2年（1990年）改正後商225柱書）。

現在、株式という場合、わが国においては記名株式を意味する。ただし、繰り返し述べるように、記名株券は、有価証券としてはあくまでも無記名証券に属する。

3-5-7. 平成16年（2004年）改正

商法は、立法以来、すべての株式会社に対して、株式を常に証券に化体させ有価証券としての株券を発行する制度を（株券不所持制度を採用した会社を除き）強制してきた。しかし、同年改正法は、会社は定款をもって株券を発行しない旨を定めることができるとして（同年改正後商227Ⅰ）、株券不発行制度を導入した。

中小企業を中心とする株式の流通の少ない会社にあつては、株式の譲渡が稀であり、株式の流通を高めるための株券発行の必要性に乏しい。そして、そのような会社では、現実には商法の規定に反して株券が発行されていない例が多

(59) 同前参照。

かったといわれている⁽⁶⁰⁾。一方、流通の多い上場会社等にあつては、本来は株式の流通を高めるためのものである株券発行制度が株式流通の高度の大量化のために、株式市場において迅速かつ大量の取引を決済する障害となり、また、経費・労力等の負担も大きかった⁽⁶¹⁾。これらの現実に応えるため、同年改正法は、株券不発行制度を導入したのである。

株券不発行制度を採用するか否かは、上に述べたように、商法の上では定款自治に委ねられ、設立時には株券不発行制度を採用していなかった会社が、定款を変更してこの制度に移行するための措置規定が設けられた（同年改正後商351）。

株券不発行制度を採用した会社における株式の譲渡は、商法上、当事者間の意思表示によりその効力が発生し、株主名簿の名義書換えが会社およびその他の第三者に対する対抗要件となった（平成17年（2005年）改正前商206ノ2Ⅰ）。

3-5-8. 株券不発行制度の徹底化

現行会社法は、平成16年（2004年）以来の株券不発行制度を引き継いだが、従来と異なり、条文の構成上、原則と例外とを逆転させて、株式会社は原則として株券を発行しないものとし、株券の発行を定款で定めた場合に限ることとした（会214参照）。株券を発行する旨を定款で定めた会社を「株券発行会社」と称する。株券の不発行を原則としたためか、株券発行会社は、定款により株券不所持制度の排除ができなくなった（会217）。

4. 株式の不可分性

すでに述べたように（本章2-2）、株式は会社が定めた株主の地位の単位であるから、単位としての株式を、株主において勝手に単位未満に細分化したり分解したりすることは許されない。たとえば、株主が1個の株式を2分して

(60) 前田・注(42) 前掲176頁参照。

(61) 同前参照。なお、神田・注(55) 前掲83頁参照。

その半分だけを他に譲渡したり、1個の株式に認められる権利の一部だけを他に譲渡することはできない。これに対し、会社において、株式の単位の大きさを変更するのは、株式の不可分性とは別個の問題である。たとえば、会社の行う株式の分割（会183 I）は、株式を単位未満に細分化するのではなく、従来の2株を3株とするように、発行済株式を細分化し、株式数を増加させることである⁽⁶²⁾。会社の行為によって端数株を生じたとしても、すでに述べたように（本章3-3-5）、端数株を生じた株主は、その分につき遅滞なく経済的な救済を受けるので（会234、235）、株主は常に整数の株式を保有することになる。

単位としての1株を株主が勝手に単位未満に細分化したり分解したりすることは許されないものの、単位としての1株を数人で共有することは認められる（会106）。会社法は、株式の「共有」という単語を用いているが、正確には、民法264条所定の準共有である。株式の共有は、数人による株式の共同引受け、数人による相続などによって生じる。共同相続中の株式については、株式は、議決権などの会社の管理・運営に直接関係する共益権を含む会社に対する株主の地位を表章するものであるため、可分給付を目的とする債権につき可分債権関係を原則としている民法427条は適用されず、分割帰属は否定される⁽⁶³⁾。

5. 資本金と株式との関係

すでに述べたように（本章3-2-1）、昭和25年（1950年）改正前にあっては、資本金額は定款で定められ、資本金を均一な金額の株式に分かつべきものとされていたから（同年改正前商166 I ③、199、202 I）、株式は社員たる地位を表すほか、資本金の構成単位としての意味もあった。すなわち、

〔資本金額＝1株の額面額×発行済株式総数〕

(62) 青竹正一『新会社法（第2版）』（信山社・2008年）77-78頁。

(63) 同前。なお、最判平成2年（1990年）12月4日民集44巻9号1165頁、最判平成3年（1991年）2月19日判時1389号140頁。

という式が成り立った。この当時は、「資本確定の原則」という原則が、本来の意味で機能していた。この原則は、「会社の設立および資本金の増加には定款をもって資本金総額を確定し、かつ、資本金の総額について株式の引受けが確定しなければならない」という原則である。

しかし、商法が、昭和25年（1950年）改正で無額面株式を認めたことにより（本章3-2-2）、資本金と株式の関係が切断された。加えて、同年の改正によって授權資本制度（詳細は第2帖・第3帖で説明の予定。簡単に述べれば、授權株式数（取締役会に発行の決定を委ねられた株式数の上限）を定款で定め、設立時にはその一部だけ発行すればよいという制度）が採用されたため、資本金は定款で確定されないこととなり、資本確定の原則は以下のように変容・緩和された。すなわち、定款に記載される会社が発行する株式の総数（同年改正後商166Ⅰ③）の少なくともその4分の1に当たる、会社の設立に際して発行する株式の総数も定款に記載のうえ（同年改正後商166Ⅰ⑥・Ⅱ）、その全部について引受けが確定しなければならない（同年改正後商170Ⅰ、177Ⅰ）という形で、設立の際にのみ、その趣旨が生き残ることになった。しかし、昭和25年（1950年）改正前の資本増加に当たる新株の発行に際しては、資金調達の便宜のため、いわゆる打切発行が認められたため（同年改正後商280ノ9Ⅰ・Ⅱ）、この場面においては、資本確定の原則は放棄されてしまった。

基本的には、平成17年（2005年）の会社法制定まで上の形が維持されてきたが、同年の会社法は、会社設立の際にも、設立時発行株式のすべての引受け・払込みがなくても、それが、定款で定めた「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」（会27④）を上回っておれば、設立を許容するという打切発行を認めるに至った。したがって、現行法の下では、資本確定の原則は完全に放棄されたものと評価してよさそう。

現行法下における、株式と資本金の額との関係については、設立または株式の発行に際して株主となる者が会社に対して払込みまたは給付をした財産の額が資本金の額となるのが原則であるが（会445Ⅰ）、当該払込みまたは給付に係

る額の2分の1を超えない額を資本金として計上しないことができ（会445Ⅱ）、その額は資本準備金として計上しなければならない（会445Ⅲ）との規定が存在するのみである。

6. 株式の性質

6-1. 緒言

株式の性質論については、わが国においてさまざまな議論の展開があった。株式の性質論を語ることは、すなわち株式会社の性質論を語ることと密接な関連を有する。

株式の性質論に関する議論展開を概観した先行業績は多く存在するが⁽⁶⁴⁾、そのうち、今日なおその議論状況を最も明快に理解できるものは、昭和43年(1968年)に北澤正啓(1925~2007)が「学説百年史」と題するジュリスト400号に寄せた「株式性質論の展開」という論稿である⁽⁶⁵⁾。株式性質論もまた本質論である。彼は、本質論は屢々有害無益であり、そうでなくても無害無益であろうと思うと説くのが常であった⁽⁶⁶⁾。それでもなお、彼が的確な本質論を提示したのは、後に述べるように、彼が本質論に^{はいた}胎する危うさを十分に認識できていたからに他ならない。鈴木竹雄が田中耕太郎の合理的精神を最も良く継承した高弟であったことは先に述べたが(第1章5-4)、鈴木からさらにこの精神を継承したのが北澤正啓であった。

6-2. 社員権説の萌芽

(64) たとえば、中村一彦「株式の性質」北澤正啓＝浜田道代編『ジュリスト増刊商法の争点Ⅰ』(有斐閣・1993年)44頁以下、江頭憲治郎＝門田正人編集代表『会社法大系第2巻』(青林書院・2008年)10頁以下〔周劍龍〕。

(65) この論稿は、北澤正啓『株式会社法研究』(有斐閣・1976年)に所収されている。以下、引用はこれによる。

(66) 大久保泰甫＝浜田道代「座談会・北澤正啓先生に聞く―人生63年、商法を学んで40余年―」名古屋大学法政論集120号(1988年)521頁〔北澤正啓発言〕参照。

わが国の社員権説が、19世紀後半におけるドイツ商法学界の影響の下に展開されたことは、夙^{つと}に知られている⁽⁶⁷⁾。

北澤正啓によれば、現行商法典の立法当初にあっては、若干の株式の債権視論が見られたようであるが、これはドイツにおけるような株式債権説といった次元のものではなく、株式の素朴的な債権視にすぎなかったと評されている⁽⁶⁸⁾。

社員権という訳語が^{なにびと}何人によって初めて用いられたかは明らかでないが、わが国において最初に、ドイツの諸学者に倣い、社員が社員たる地位において有する権利に共益権と自益権の2種があることを認め、自益権を大体において財産権と位置づけたのは、志田鉦太郎（1868～1951）であった。かかる見解が、社員権説の嚆矢^{こうし}であり、明治35年（1902年）のことであったとされる⁽⁶⁹⁾。

6－3．社員権説

北澤正啓によれば、わが国において社員権説を整備・確立したのは松本烝治であるとされており、基本的にはドイツの社員権説を受容して、大正期から昭和劈頭にかけてこれが確立されたと小括されている⁽⁷⁰⁾。

現在のわが国の通説によれば、社員権とは、社団法人の社員が社員たる資格において法人に対して有する1個単一の権利である⁽⁷¹⁾。株主は、この社員たる資格に基づき、会社に対し、各種の権利を有し、出資義務を負う。社員「権」といえど、通説は、これを包括的に捉えるべきであるとして、株主の義務（出資義務）をも含むと解している⁽⁷²⁾。したがって、今日、この説においては、社

(67) 中村・注 (64) 前掲44頁参照。

(68) 北澤・注 (65) 前掲116頁。

(69) 同前116－117頁参照。

(70) その過程は、同前117－119頁に詳しい。

(71) 中村・注 (64) 前掲44頁、江頭＝門田編・注 (64) 前掲10頁〔周劍龍〕。

(72) 北澤・注 (1) 前掲137頁、加美・注 (27) 前掲137頁、江頭＝門田編・注 (64) 前掲11頁脚注 (1) 〔周劍龍〕参照。ただし、最後に掲げた論稿は、株金分割払込制度が実施されていた時期にあっては、通説の考えが妥当であったと思われるが、全額払

員「権」(株主「権」)という用語を避け、社員の「地位」(株主の「地位」)という表現が用いられることが多い。

社員権からは2つの機能が生じる。自益権と共益権とがこれである。前者は、株主が会社から経済的利益を受けることを目的とした権利であり、後者は、株主が会社の運営管理(広義の経営)に参加することを目的とした権利である。換言すれば、前者は株主の財産的利益に直接向けられた権利群(剰余金配当請求権が中心)であり、後者は、その維持・増進を図る政策選択に係る権利群(総会議決権が中心)である⁽⁷³⁾。株主が、企業の共同所有者であるという観点からは、前者は所有権のもつ収益的機能の顕現であり、後者は所有権のもつ支配的機能の顕現である⁽⁷⁴⁾。このように観れば、自益権といい、共益権といえども、両者ともに根本的には株主自身の利益のための権利であることが理解できよう。もっとも、後者の権利の行使は、必然的に会社および他の株主の利害に影響するものであることを看過してはならない。

6-4. 社員権否認論(共益権権限説)

社員権否認論は、田中耕太郎が社員権論者に対抗して一貫して主張した説である⁽⁷⁵⁾。

田中は、「論者が社員権の一機能と認むる共益権なるものは社員が社員たる資格に於て有する権利ではなくて其の実社員が機関たる資格に於て有する権限に過ぎぬものと解する⁽⁷⁶⁾」と述べる。たとえば、株主の議決権は、株主が株主総会という会社の機関の構成分子として有する権限に他ならない。そして、こ

込制の下では、株主の出資義務は法的には株式引受人として負う義務であるから、通説に賛成し難いと述べるものである。

(73) 龍田・注(24)前掲156頁参照。

(74) 関・注(4)前掲36頁参照。

(75) この説の形成過程は、北澤・注(65)前掲120-121頁に詳しい。なお、田中耕太郎『商法研究第2巻』(岩波書店・1935年)155頁以下参照。

(76) 田中耕太郎『増補改訂会社法概論』(岩波書店・1929年)109頁。

これらの権限の行使は普通の権利行使とはまったく異なる原理に服するものであり、会社という営利法人にあっても、権限を有する者がそれを自己の個人的利益をはかる手段に用いることを得ないと説く⁽⁷⁷⁾。この権限は、社員の利益から区別されて存在する会社の利益の存在を前提とするので、社員は機関たる資格において全体の利益のために奉仕しなければならないからである⁽⁷⁸⁾。こう解するとき、社員権の共益的権能として挙げられたものは、機関の権限に過ぎず、社員権という特別の権利を認める理由は失われるのである⁽⁷⁹⁾。

田中は、上のように述べて社員権を否認し、いわゆる社員権から社員が機関として有する権能（共益権）と職務を除外した残り、すなわち社員が社員として有する権利（自益権）と義務があるいは付着し、あるいはその関係を基礎として発生する一種の法律上の地位を社員たる地位または資格と位置づけたのである⁽⁸⁰⁾。

田中の社員権否認論の基礎づけについては、以下の点に留意が必要であろう。すなわち、彼は、「共益権及び自益権を包括する二元的なる社員権の否認は現今企業団体の内部に於て企業所有と企業経営とが分離しつつある傾向に依りて慥めらるものと云わなければならぬ⁽⁸¹⁾」と述べ、続けて以下のように説いた。社員は漸次企業の経営を他人に委ね、単に剰余金の配当を受けるだけで甘んじ、株式会社の社員は株式会社の一員たることによってのみ会社事業に参与しうるも、事実において多数の株主はこの権限を利用することなく、まったくの企業所有者に止まる傾向がある⁽⁸²⁾。このような2者の觀念の分化の事実は否定できない。従来わが国の通説たる社員権理論は、企業所有者・社員権資格に基づく権利と企業経営・機関資格に基づく権限というまったく性質を異にする

(77) 同前109－110頁。

(78) 田中耕太郎『改訂会社法概論上巻』（岩波書店・1955年）73頁。

(79) 田中・注（76）前掲110頁。

(80) 同前398－399頁参照。なお、北澤・注（65）前掲122頁。

(81) 田中・同前110頁。

(82) 同前111頁。

2者を同一の私権の中に包括せしむるものであり、^{きなん}左袒できないものである⁽⁸³⁾。およそ、以上のように述べ、自説の経済的・社会的根拠を、企業における所有と経営の分離の傾向に置いたのである⁽⁸⁴⁾。

6-5. 株式債権論

社員権否認論を発展させた延長線上に定立されたと評価しえるのが、松田二郎の主張に係るいわゆる株式債権論である。

松田は以下のように説く。「国家に於ける生活を分ちて国民としての生活関係と人類としての生活関係とに分ち、前者に付公権^{つぎ}、後者に付私権の存するに等しく、一般私法団体に於ける構成員の生活関係も亦謂^{またい}はば団員としての生活関係と一私人としての生活関係とに分たれ、前者に付共益権、後者に付自益権が存するのである⁽⁸⁵⁾」。したがって、松田によれば、共益権は、株主が株式会社にあつて有するいわば公権に該当し、ことに国家における公権の参政権とその本質を同じくする⁽⁸⁶⁾。それゆえ、共益権は社員権より解体せられて、公益的理論によってその性質を明らかにすべきものである⁽⁸⁷⁾。この見地よりすれば、共益権は権利であるが倫理的性質を有し、常に会社全体の利益のために行使されるべきことが必然的に要求され⁽⁸⁸⁾、会社全体の利益よりして剥奪し制限しうる可能性を有するものである⁽⁸⁹⁾。また、共益権は、譲渡・相続の目的たりえない一身専属的人格権である⁽⁹⁰⁾。株式譲渡人は株式を譲渡することによって構成員たる資格を喪失し、当然に共益権を喪失するが、譲受人は、株式を取得

(83) 同前111-112頁。

(84) 北澤・注 (65) 前掲122-123頁。

(85) 松田二郎『株式会社の基礎理論』（岩波書店・1942年）39-40頁。

(86) 同前40頁。

(87) 同前40-41頁。

(88) 同前46頁。

(89) 同前60頁。

(90) 同前54頁。

することによって構成員たる資格を取得し、これに従って共益権を当然に原始的に取得するのである⁽⁹¹⁾。

これに対し、自益権はいわば株式会社における私権的権利である。株式とは、株主権ないし社員資格を意味せずして、配当金によって生じる基本債権、すなわち抽象的利益配当請求権という金銭債権自体を意味するのである。配当金が確定しないにもかかわらず株式自体を債権と解するに不都合がないことは、匿名組合員・相互保険の基金拠出者、ことに会社の利益配当に与る享益証券所持人が債権者たることに鑑みれば容易に理解しうる⁽⁹²⁾。およそ以上のように説くのである。

彼は、このような金銭債権たる株式の効力を確保するための一団の権利（株券交付を求める権利、会社の書類の閲覧を求める権利など）を、その従たる権利と位置づけている⁽⁹³⁾。

こうして松田は、株主権は解体せらるべきであり、人格権的な共益権と財産的な自益権との間には、本質的・必然的な関連は存しえないと結んでいる⁽⁹⁴⁾。なお付言すれば、彼は、「^{おも}惟ふに従来の学者は株式会社に対する社会的、経済的考察を全く看過し、其社会の団結の弛緩^{しかん}及株式の債権化を無視しつつ、不当に団体的なる理論を以て株式会社法に臨み、所謂株主権の理論を構成した⁽⁹⁵⁾」と述べている。上に指摘された「団結の弛緩」とは、株式会社における企業の所有と経営の分離の謂であろうから、北澤正啓が、株式債権論は明らかに株式会社における企業の所有と経営の分離と、それによる株式の債権化なる現象を立論の根拠としている⁽⁹⁶⁾と小括した分析は、正鵠を射ている。

(91) 同前55頁。

(92) 同前185頁。

(93) 同前187頁。

(94) 同前188頁。

(95) 同前195頁。

(96) 北澤・注（65）前掲124頁。

6-6. 株式会社財団論（株式純債権説）

この説は、八木弘（1907～1981）の主張に係るもので、株式会社を営利財団法人と論定したうえで理論構築をなしたものである。

八木は、株式会社制度の発展にともない、株式会社には、一人会社の承認・所有と経営の分離・株主総会の権限の制限・議決権のない株式の承認・株主の新株引受権の否認の傾向など、他のいずれの人的結合にもみることのできないような特殊的・例外的事象が現れてきたと述べ、このような事象は、ますます増加する傾向にあると説く⁽⁹⁷⁾。したがって、これらの傾向をいつまでも特殊的・例外的事象とみるのではなく、今日の株式会社を人的結合と解する見地によって説明するのを止め、端的にこれを物的結合、すなわち営利財団法人と論定しては如何と提言する⁽⁹⁸⁾。そして、営利財団法人という観念は十分に定立可能なものであると論証するのである⁽⁹⁹⁾。

この見地からすれば、株式会社は、株主をもって構成される社団ではなく、株式資本をもって構成せられ、株主は単なる株式の帰属者にすぎないと解される⁽¹⁰⁰⁾。株式引受人の意思は入社ではなく、出資に対する対価の取得にあるのであり、それは単なる出資であって、いわば投資契約ともいべき一種の双務契約と解するのが最も現実の事態に適する構成である。この契約はあくまで純債権的・純財産的なものとみるのが妥当である⁽¹⁰¹⁾。

株式の引受けが純然たる双務契約であるならば、株主の権利は、意思表示上の効果として発生するものと、引受人の意思表示とは無関係に法律上の効果として発生するものとに區別されることになる。株式の引受けは、株式資本の投下に対する企業利潤への参加と投下資本の回収とをその目的とするから、株式引受契約から直接に発生するのは、すなわち、株式の内容をなすのは、いわゆ

(97) 八木弘『株式会社財団論』（有斐閣・1963年）1-2頁。

(98) 同前2頁。

(99) 同前3-7頁参照。

(100) 同前8頁。

(101) 同前14頁、56頁。

る剰余金配当請求権と残余財産分配請求権である⁽¹⁰²⁾。すなわち、彼は、株式をもってその引受契約から生じる法律行為上の純然たる債権と解し、かつその内容をいわゆる自益権中の上記の主要権であると位置づけるのである。

一方、その他の共益権は、株券交付請求権・名義書換請求権などの自益権と共に、資本投下者たる株主の利益保護のために与えられた私権そのものと考えればよく、また、それで必要かつ十分である⁽¹⁰³⁾。そして、株式上の権利は、株主が自己の法律行為によって取得した権利である以上、また自己の意思によって自由に処分（譲渡）しうるのは当然であるが、共益権は株式引受契約の効果として発生したものではなく、法定の権利と解する立場に立てば、その譲渡性が否定されることもまた当然の帰結である⁽¹⁰⁴⁾。かように解して彼は、自益権と共益権との区別は、すでにその意義を失っていると述べた⁽¹⁰⁵⁾。

6－7．小括

以上のように、わが国における株式の性質論に関する学説は、まず社員権説が通説としての地歩を固めたが、社員権を否認する学説が唱えられるに至り、これが共益権権限説から株式債権説へと発展し、株式純債権説へと到達したものの、結局、これらの諸説は通説の牙城を崩すに至らなかったと評価できる⁽¹⁰⁶⁾。

社員権説とこれを否認する諸理論を比較した場合、中村一彦（1928～ ）によれば、法理論としては、前者が株式についていわば物権的構成に傾斜し、株式をもって所有権の変形物と解するのに対し、後者は自益権を株式の内容とする点で債権的構成に傾斜するものと分析している⁽¹⁰⁷⁾。この分析自体は首肯

(102) 同前63頁。

(103) 同前92頁。

(104) 同前104頁。

(105) 同前92－93頁。

(106) 中村・注（64）前掲45頁。

(107) 同前参照。

できる。ただ、この分析のみでは、他の諸論に対し、何故に社員権説がなお通説的地位を譲ることがないのかを説明できない。この点につき、説得性に富むのは、北澤正啓の以下の指摘である。研究者あるいは学徒が性質論・本質論と取り組むにあたっての姿勢を示す意味を含めて、以下に掲げる。

「他方、性質論ないし本質論をなすものは、しばしば、比較的少数の事象から自家の本質論を導き出し、それをすべての事象にあてはめようとする。かくては、いわゆる本質論も、有害無益なものとなるであろう。社員権否認論、株式債権論および株式会社財団論が、それぞれ、株式（ないし株式会社）の本質を探究しようとした意欲は高く評価されなければならないが、右の弊は、これらの学説にも、多かれ少なかれ、あるのではなからうか。社員権説が通説的地位を譲らず、右の諸論が少数説の域をでない理由も、そこにあるのかもしれない⁽¹⁰⁸⁾」。付言すれば、上の指摘は、彼の会社法学の精髓の一端をも垣間見せるものである。

上記の指摘をふまえて展開された彼の社員権説肯定論は、まさに説得力がある。すなわち、「現行法における株式会社は、社団（人的結合）法人として構成されているのであり、株主は株式会社の社員、株式は株式会社の社員の地位であると解すべきである。株主の権利を自益権と共益権に分けるとしても、自益権も共益権も、ともに社員の地位に包含され、その地位は出資義務をも包含する。そして、自益権だけが株主自身の利益のための権利であるのではなく、共益権も根本においては株主自身の利益のための権利である。共益権は権限であって権利ではないというべきでもなければ（権限であることと権利であることは両立しうる）、共益権は会社自体の利益のために認められた権利であるとみるべきでもない。また、株主が会社構成の意思ないし社員意識をまったくもたないというのも独断にすぎない。企業の所有と経営・支配の分離の認められる巨大な株式会社において、株式が債権化し株主が債権者化する現象は認めなければならないが、巨大会社においてさえ、株式が債権化しているのは、共益

(108) 北澤・注(65) 前掲132頁。

権を事実上行使していない株主の場合だけであり、その場合においても、その株主の有する株式そのものが変質したわけではない。しかも株式会社は決して巨大会社ばかりではないのである。一定の条件のもとに、株式が事実上債権化していることから、株式を債権といい、さらに株式会社を財団といい、また共益権をもって株式に本来的に内在するものではなく、法によって与えられたものであるということはできない。たかだか、株式会社は一般に社員の結合の弱い社団であり、株式は高度に発達した所有形態として構成されているといいうるにとどまるのである⁽¹⁰⁹⁾」。

諄いかも知れぬが、以上の言にさらに、竹内昭夫（1929～1996）の以下の説明を重ねれば、社員権説を通じた社団としての株式会社の姿（構造）が理解し易くなると思われる。すなわち「株主たる地位というのは、個人企業であれば、企業の運営もその利潤取得も当然1人でできるはずであるが、株式会社においてはそれを多人数が共同して行うところから、個人企業主が持っているこれらの権利が団体法の変容を受けるに至ったものであり、その意味で共益権も、実質的には共同企業者たる株主の地位に含まれる権利であると認めてよい。また共益権は、各株主が自己の利益を守るために行使してよい。ただ共益権は、その行使した結果が会社全体に及ぶから、株主としての利益以外の利益のために議決権を行使してはならないという制約を受けるにとどまると解すべきである。…共益権と自益権に分類される個々の権利については、それぞれの権利の具体的性格、権能に着眼して理論構成を試みるべきであるし、また、共益権と自益権との差異も無視すべきではない。しかし、共益権と自益権の性質に差異があるからといって、これらの権利を包括する株主権ないし株主たる地位という概念を否定する必要はない⁽¹¹⁰⁾。」

判例もまた、社員権説を採る。旧有限会社の社員の持分に関するものであるが、最高裁昭和45年（1970年）7月15日判決民集24巻7号804頁は、「共益権も、

（109）同前132－133頁、北澤・注（1）前掲140－141頁。

（110）竹内昭夫（弥永真生補訂）『株式会社法講義』（有斐閣・2001年）156頁。

帰するところ、自益権の価値の実現を保障するために認められたものにほかならないのであって、その権利の性質上権利行使の結果が直接会社および社員の利益に影響を及ぼすためその行使につき一定の制約が存することは看過しがたいにしても、本来それが社員自身の利益のために与えられたものであることは否定することができないからである。そして、このような共益権の性質に照らせば、それは自益権と密接不可分の関係において全体として社員の法律上の地位としての持分に包含され、したがって、持分の移転が認められる以上…、共益権もまたこれによって移転するものと解するのが相当であり、共益権をもって社員の一身専属的な権利であるとし、譲渡または相続の対象となりえないと解するいわれはないのである」と判示している。

7. 株主の権利

7-1. 株主の権利の意義

社員権説に即せば、株式は株主たる地位を表わすので、権主の権利とは、株主が株主たる地位に基づいて会社に対して有する諸種の権利の総体である。このような権利（株主的権利）は、1個の株式に包含された抽象的権利であるから、株式の不可分性（本章4）により、株主的権利のうち一部だけを切り離して独立に処分することはできないし、差押えの対象とすることもできない。また、それだけが独立して時効にかかることもない。つまり、団体法上の特殊な権利であって、通常の債権とは異なる。ただし、株主としての権利であっても、株主総会または取締役会の決議によって特定された剰余金支払請求権のごとき、具体的に発生した権利は、通常の債権として、株主的権利とは別個に処分できるし、差押えの対象にもなり、また独立して時効にかかる。このように株主たる地位に基づいて発生した具体的権利を株主の債権者的権利という。

株主的権利は、株式が譲渡されれば、当然に株式の譲受人に移転する。

会社法105条1項は、株主がその有する株式につき認められる権利に関する包括的規定である。すなわち、株主は、その有する株式につき、同条同項に掲

げられた権利「その他この法律により認められた権利」を有すると規定されている。この規定により、株主の権利が会社法によって保障されたものであることが明らかにされているのである。すなわち、株主権は、会社法によって保障されたものであるから、法律の定めによらず、定款でこれらの権利を制限することは許されない。これが許されるのは、会社法に定款に別段の定めを設けることを認める明文の規定がある場合に限られることになる⁽¹¹¹⁾。

同条同項には、その1号に剰余金の配当を受ける権利、2号に残余財産の分配を受ける権利、3号に株主総会における議決権が例示列举されている。同条同項は、これら株式会社に参加する株主の本質的利益に関する権利と評価される権利（従来、固有权という概念をもって説明されてきたもの）を明文をもって列举することにより、これらの権利を会社法の規定の文言解釈によって変更したり限定する可能性を導いたものと評価されている⁽¹¹²⁾。もっとも、従来から、株主の権利について商法（会社法）の規定が発達している現在、ある権利を多数決で剥奪・制限しうるか否かは、その権利を定める規定の解釈によればよいから、その権利が固有权か否かを^{せんさく}穿鑿することは、実益に乏しいと夙に指摘されていたところであるから⁽¹¹³⁾、会社法105条1項は、広く株主権につき、法文の文言解釈により変更・限定しうる可能性を改めて確認した点にその意義を認めることができる。

なお、会社法105条2項が、会社の営利性を表わす規定であることは、すでに述べた（第4章2－1）。

7－2．自益権と共益権

株主の株主的権利は、その内容あるいは目的の面から「自益権」と「共益権」

(111) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法第2巻』（中央経済社・2008年）29－30頁〔森淳二郎〕参照。

(112) 同前30頁、岩原紳作「新会社法の意義と問題点」商事法務1775号（2006年）11頁。

(113) 北澤・注（1）前掲160頁。

の2類型に分類することが可能である。

自益権は、株主が会社から経済的利益を受けることを目的とする権利である。その中心は、剰余金配当請求権（会105Ⅰ①）および残余財産分配請求権（会105Ⅰ②）である。繰り返し述べるように、株主から双方の権利の全部を剥奪する旨の定款の定めは無効である（会105Ⅱ）。法による株主権の制限にも自ずと限界があり、株式会社の本質的要素を否定するような株主権の制限ができないことの1例である。自益権には、以上の他にも、たとえば、株式買取請求権（会116Ⅰ、469Ⅰ、785Ⅰ、797Ⅰ、806Ⅰ）、株主名簿の名義書換請求権（会133Ⅰ）などがある。

共益権は、株主が会社の管理運営（広義の経営）に参加し、あるいは会社の運営を監督是正する権利である。その中心は、株主総会における議決権（会105Ⅰ③）である。株主の経営参加は原則として株主総会を通じて行われるからである。共益権には、この他に、たとえば、総会招集請求権（会297、325、491）、提案権（会303-305、325、491）、累積投票請求権（会342）、総会決議取消訴権（会831）、代表訴訟提起権（会847）、違法行為差止請求権（会360、422）、役員解任請求権（会854Ⅰ・Ⅱ）、議事録・書面閲覧請求権（会31Ⅱ、125Ⅱ、310Ⅶ、318Ⅳ、371Ⅱ、442Ⅲ、496Ⅱ、782Ⅲ、801Ⅳ、815Ⅳ）、会計帳簿閲覧請求権（会433Ⅰ）、解散請求権（会833Ⅰ）などがある。

すでに述べたように（本章6-3）、自益権・共益権ともに根本的には株主自身のための権利であるから、両者が対立し、相互に無関係というわけでもなく、両者に根本的な質的相違があるというわけでもない。ただ、共益権は、権利行使の効果が会社全体に及ぶことからくる制約（会120、831Ⅰ③、968、970）を受けるが、このような制約も法定のものにとどまり、共益権といえども、会社の利益のために行使しなければならないものではない⁽¹¹⁴⁾。

(114) 同前158頁。

7-3. 単独株主権と少数株主権

本来、株主の権利は、1株さえ有していれば、その株主に与えられるのが原則である。このように、1株さえ有していれば株主が行使できる権利を「単独株主権」と称する。自益権はすべて単独株主権に属する。共益権の一部、たとえば議決権（会105Ⅰ③）は原則として当然に単独株主権であるし、累積投票請求権（会342）なども単独株主権である。ただし、共益権の一部、わけでも会社の運営を監督是正する権利の中には、たとえ単独株主権であっても、その濫用を防止する趣旨で、その行使に株式保有期間の要件が課される例がある。たとえば、公開会社における代表訴訟提起権（会847Ⅰ）、取締役・執行役の違法行為差止請求権（会360Ⅰ、422Ⅰ）には、権利を行使する前から6ヵ月間（定款で短縮可）の保有期間要件が課されている。

同様に、強力な共益権の濫用を防止する趣旨から、発行済株式の一定割合以上または総株主の議決権の一定割合以上・一定数以上を有する株主のみに行使することが許されている権利があり、これを「少数株主権」という。少数株主権にもまた、その行使に株式保有期間の要件が課せられるものがある。

少数株主権の行使要件は、各権利について様ではない。数例を挙げれば、たとえば、公開会社である取締役会設置会社の株主提案権（会303Ⅱ、305Ⅰただし書）は、総株主の議決権の100分の1（定款による縮減可）以上の議決権または300個（定款による減少可）以上の議決権を6ヵ月（定款による短縮可）前から継続保有する株主にこれが認められる。会計帳簿の閲覧等の請求権（会433）は、総株主の議決権の100分の3（定款による縮減可）以上の議決権を有する株主または発行済株式の100分の3（定款による縮減可）以上の数の株式を有する株主にこれが認められる。会社解散請求権（会833Ⅰ）は、総株主の議決権の10分の1（定款による縮減可）以上の議決権を有する株主または発行済株式の10分の1（定款による縮減可）以上の数の株式を有する株主にこれが認められる。

少数株主権は、数人の株主の持株数を合算して、行使要件を満たせば、共同

してこれを行使することができる。

7-4. 単元未満株主の権利

単元株制度を採用した会社においては、1単元の株式につき1個の議決権が認められるので（会308 I ただし書）、すでに述べたように（本章3-4-3）、単元未満株主には議決権が認められない（会189 I）。したがって、議決権の行使を前提とする権利（総会への出席権、質問権など）や、議決権の行使に関連する権利（決議取消訴権など）も同様に認められないこと、当然である。なお、単元未満株主がいくら多数集合しても、少数株主権を行使することはできない。少数株主権の行使は「議決権」の割合や数を要件に定められているからである。

単元未満株主の上記以外の権利に関しては、原則として定款自治が認められ、定款によってその全部または一部の行使を排除することができるが、会社法189条2項各号に掲げる権利については排除することができない。すなわち、①全部取得条項付種類株式の取得対価の交付を受ける権利、②取得条項付株式の取得対価の交付を受ける権利、③株式無償割当てを受ける権利、④単元未満株式の買取請求権、⑤残余財産分配請求権、⑥その他法務省令で定める権利、である。いずれも、株式の変形物ともいえる金銭等の交付を受ける権利が中心であり、⑥を受けて会社法施行規則35条が、剰余金の分配や新株予約権無償割当てを受ける権利などを奪えないと定めている⁽¹¹⁵⁾。

上述のような単元未満株式は、現実問題として、処分（譲渡）が必ずしも容易ではなく、たとえ処分が可能であったとしても、単元株として纏まった株式の1株当たりの価格もこれと同額以下に不当に抑えられるかもしれない（処分の困難につけ込まれ、いわゆる「足許を見られる」ことが多からう）。そこで、すでに述べたとおり（本章3-4-3）、単元未満株主の投下資本の回収を合理的に図るべく、会社法は、単元未満株主が、会社に対しそれを買取り取ること

(115) 龍田・注(24)前掲212頁脚注(31)。

を請求する権利を与えた（会192 I）。その手続などについては、他の株式買取請求に準ずる（株式買取請求の記述については第3帖を予定）。

会社は、定款をもって、単元未満株主がその有する株式の数と併せて単元株式数となる数の株式を売り渡すよう会社に対して請求できる旨を定めることができる（会194 I）ことも、すでに述べた（本章3-4-3）。

8. 株主の義務

株主が株主たる地位に基づいて会社に対して負う義務が株主の義務である。

株主の義務は、その有する株式の引受価額を限度とする有限の出資義務に尽き（会104）、それ以外に何らの義務を負わない。しかし、株主の出資義務は、会社の成立前または株式発行の効力発生前に、すなわち株主となる前の義務として履行されなければならないものであるから（会34 I、36、63 I・Ⅲ、208 I・Ⅱ・Ⅴ、281 I～Ⅲ、282）、正確には株式引受人の義務であるといえる。したがって、株主の地位を取得した時には、株主は、会社に対し、原則として何らの義務を負わないことになる。

株主わけても支配株主・多数派株主は、株主が社員として行為しうべき限界を画するという消極的意味での義務として、会社や他の株主に誠実義務を負うと解する説がある⁽¹¹⁶⁾。しかし、青竹正一によれば、少数株主を保護する規定が整備されているほか、株主平等の原則（本章9）があり、株主権の行使につき権利濫用の適用が認められているから、誠実義務のような一般的条項義務を認める必要がないとされているし⁽¹¹⁷⁾、龍田節は、これらを義務と呼ぶかどうかは単に言葉の問題であるとして⁽¹¹⁸⁾、かかる義務概念の定立を一蹴している。

(116) たとえば、出口正義「株主の誠実義務」『株主権法理の展開』（文眞堂・1991年）3頁以下、105-128頁参照。

(117) 青竹・注（62）前掲83頁。

(118) 龍田・注（24）前掲201頁。

9. 株主平等の原則

9-1. 株主平等の原則の意義

すでに述べたように（本章2-2）、会社にあつては、各社員がその社員たる資格においてする権利義務につき、平等の待遇を与えられるという「社員平等の原則」がある。株式会社も例外ではない。しかし、株式会社に妥当する社員平等の原則は、「株主平等の原則」と称され、以下のような特色を有する。典型的な株式会社にあっては、社員が多数でしかも資本的にのみ会社に関与し、その間に人的信頼関係がなく、かつ多数決原則が普遍的に行われる⁽¹¹⁹⁾ことから導かれる特色である。

社員たる株主が資本的にのみ結合しているということから、株主の平等は、その頭数ではなく、原則として、各株主が有する株式の内容および数を基準とすることが合理的である。すなわち、株主平等の原則とは、このような合理性に関して、株式の内容が同一である限り、各株式が同一の取扱いを受けるべきであること（株式平等の原則）を、その帰属者である株主の面から表現したものである⁽¹²⁰⁾。同一内容の株式を引き受け、これに出資した株主（その承継人）は、多くの場面で、出資の額すなわち持株の数に応じて、比例的平等的に取り扱われることになる。多くの場面で、と述べたのは、株式会社にあっては、株主・会社間のあらゆる関係を、すべて例外なく持株数に比例した厳格な数理的処理でカバー（cover）しきれない場面（あるいは、一切の要素を捨象して、厳格な数理的処理のみに依拠することがかえって不合理な結果を招く場面）があるであろうと考えるからである。この点では、会社法制定前の主張であるが、厳格な株主平等原則は、法定事項のほか、それが類推される事項について妥当し、これとは別に、理論上、団体の法律関係を律する衡平ないし信義誠実の原則から、会社は、すべての株主を公正に取り扱うべきであり、株主に対して恣意的ないし不公正な取扱いをしてはならないという原則が存在する⁽¹²¹⁾とする

(119) 大隅＝今井・注（1）前掲335頁参照。

(120) 北澤・注（1）前掲163頁、青竹・注（62）前掲97頁。

(121) 森本滋「株主平等原則と株式社員権論」商事法務1401号（1995年）3-4頁。

森本滋の主張に共感を覚える。社団法人に妥当する社員平等の原則は、株式会社をも含む社団法人を貫く一般原則であり、株主平等の原則は、社員平等原則の理念を、社員としての基本権たる持分権の確保や会社に対する監督是正権といった側面を中心に、数理を応用して技術的に純化したものであると捉えたい。こう解すれば、数理を応用した技術的処理のみに必ずしも馴染まない場面においては、一般則たる社団法人における社員平等の原則が優先する場合もありえよう。

神田秀樹（1953～ ）は、株主平等の原則を、理念的な意味で論じるよりも、これをより技術的な要請に基づいて認められたものであると強調している。すなわち、この原則は、株式が株主の地位を均一の割合的な単位としたものであることを裏から表現したものであると解すべきであると述べる⁽¹²²⁾。続けて、換言すれば、この原則がないと、株主と会社との法律関係や株式の譲渡等を合理的に処理できなくなり、ひいては誰も安心して株式会社に株主として出資できなくなって株式会社制度が成り立たなくなるというのが、このような原則を認めるべき理由であると考えられると説く⁽¹²³⁾。しかし、株主平等の原則は、本来は、固有権の理論と並んでまたはその一部として、株式会社法制の未成熟の時代に、一般小株主の利益保障のために論議され、その確立をみるに至ったものである⁽¹²⁴⁾。そうであるとすれば、原初的なこの原則は、社員の持分を株式という均一な単位とする工夫が見出された時に、株式会社に妥当する理念としての社員平等の原則の技術的な対応を模索した結果、到達すべくして必然的に到達した原則であったと言えようから、彼の説明は、結果として、この原則が、理念上の要請と技術上の要請との調和の上に成り立つ株式会社制度運用上の優れた原則になったという説明としては十分である。しかし、理念的

(122) 神田・注(55)前掲66頁。

(123) 同前。

(124) 八木弘「株主平等の原則と固有権」田中耕太郎編『株式会社法講座第2巻』（有斐閣・1956年）423頁。

側面を顧みず、技術的側面を強調するのみでは、この原則の強行法規性を根拠づける説明として不十分であると思われる。

株主平等の原則の機能は、以下のような説明が一般的である。すなわち、典型的な株式会社にあつては、社員たる株主間に人的信頼関係がなく、多数決の原則が普遍的に行われることから、株主平等の原則は、多数決の濫用に対して一般株主を保護するための重要な防壁となっている⁽¹²⁵⁾。株式会社で行われる多数決は、資本多数決であるから、もし不平等扱いを認めるときは、多数派が少数派に不利益な扱いをする虞れがある。株主平等の原則は、資本多数決によって事を決定することを認めるとともに、多数決によって決定された事項についても、各株主をその持株数に応じて平等に扱うことを当然の前提とすることによって一換言すれば不平等な扱いを多数決で決めてもそれを無効とすることによって一多数決の濫用から少数派を保護する機能を果たすのである⁽¹²⁶⁾。すなわち、株主総会や取締役会において多数決で可決された事項であっても、それが株主平等の原則に反するならば、その決議の効力が否定されることになるし、業務執行取締役(委員会設置会社においては執行役)の業務執行行為によって定められた事項についても同様である⁽¹²⁷⁾。

9-2. 会社法109条1項の意義

平成17年(2005年)改正前商法は、株主平等の原則に関する一般的規定を設けず、議決権(同年改正前商241Ⅰ)、新株引受権(同年改正前商280ノ4Ⅰ本文)、利益・利息配当請求権(同年改正前商293本文、293ノ5Ⅵ)および残余財産分配請求権(同年改正前商425本文)について、株式の数に応じてする旨を規定するにとどめ、この原則を一般的に表明する規定を設けていなかったが、この原則が株式会社法全体を通じる原則であることは言うまでもない⁽¹²⁸⁾

(125) 大隅=今井・注(1) 前掲335頁、江頭・注(22) 前掲125頁。

(126) 竹内・注(110) 前掲158頁。

(127) 前田・注(42) 前掲88頁。

(128) 北澤・注(1) 前掲163頁。

という理解がなされていた。

会社法109条1項は、「株式会社は、株主を、その有する株式の内容及び数に応じて、平等に取り扱わなければならない。」と規定し、この原則に関する一般規定を設けた。加えて会社法は、議決権（会308Ⅰ）、募集株式の割当権（会202Ⅱ）、新株予約権の割当権（会241Ⅱ、278Ⅱ）、剰余金の配当（会454）、残余財産の分配（会504Ⅲ）などについて、個別の規定においても、持株数に応じた平等の取扱いをなすべき旨を定めている。

このような法構造の下で、立法担当者は、会社法109条1項について、同条同項は必ずしも株主の保有株式数に応じた比例的取扱いを義務づけるものではなく、株主の個性に着目することなく、株式の数に着目して合理的な取扱いをすることを要する規定であると解するのが相当であるとしている⁽¹²⁹⁾。そして、通常は比例的取扱いをすることが合理的である場合が多いと思われるが、場面によっては、保有株式数にかかわらず、株主を平等に扱うべき場合もあり、また、株主優待制度のように、一定の目的を達成するために株式数に着目して段階的に区別した取扱いをすることに合理性がある場合もあり、そのような場合も、同条同項にいう「数に応じて」の「平等」な取扱がなされたものということができるが、逆に、合理性を欠く差別的な取扱いは、「数に応じて」の「平等」な取扱いにはならず、同条同項に違反すると説明している⁽¹³⁰⁾。その根拠として、同条同項が株主の保有株式数に応じた比例的取扱いを義務づけるものであると解釈すると、上に述べた会社法308条1項をはじめとする個別の規定が別に設けられていることを説明できないことを挙げている⁽¹³¹⁾。おそらく、同条同項を弾力的柔軟に解釈する方向へ導くため、腐心を重ねて、このような説明に辿り着いたのであろう。

しかし、上の解釈によれば、「株式の数に応じた平等取扱い」は、株式の数

(129) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説新・会社法』（商事法務・2006年）107頁。

(130) 同前。

(131) 同前参照。

に比例した平等取扱いにとどまらず、株式の数に着目した取扱いおよび株主の平等取扱いをも包含する包括的・多義的内容のものということになるが、この解釈には無理がある⁽¹³²⁾。株式の「数に应じて」という法文は、数理的な比例を意味するのが通例であり、「着目して」と解するのは文言解釈上明らかに困難であるばかりでなく、株式の「数に应じて」という文言は、そのような包括的・多義的な解釈を許すほど柔軟な表現ではない⁽¹³³⁾。この法文にあるような「應」の用い方は、古来わが国においては、「コタフ」との意で用いられてきたものである。辛辣に述べれば、立法担当者の説明は、ある日本語を別の日本語に誤訳したに等しい次元のものである。また、担当者がその説明の根拠とした個別規定は、端数処理等の個々の権利に係る平等取扱いの具体的内容を規定しており、会社法109条1項の定めと重複するものではない⁽¹³⁴⁾。

会社法109条1項が存在し、加えて平等原則に係る個別規定が存在するという法構造を明快に説明できるのは、森本滋の主張に係る両者は、いわゆるプリンシプル（principle）とルールとの関係にあるとの理解であろう⁽¹³⁵⁾。会社法109条1項は、「平等取扱い」の具体的内容を規定していないため、個別事項ごとに、解釈により確定しなければならない（この関係で弾力的柔軟に解釈する余地が生じるが、株主平等原則に係る個別規定のあることを理由に、それと異なる立法担当者のような解釈が求められるのではない）。当該事項に関連する個別規定がある場合は、その趣旨を勘案して、平等取扱いの具体的内容の確定作業がなされ、当該規定に準ずる厳格な運用が求められることもある⁽¹³⁶⁾。

株主平等の原則に関するプリンシプルとして一般規定が設けられたことにより、形式的には、個別的に具体的ルールとして明定された権利以外についても、株主・会社間の法律関係の処理を数理的技術に委ねることが合理的である場面

(132) 江頭＝門田編・注（64）前掲34頁〔周劍龍〕。

(133) 同前。

(134) 森本滋「会社法の下における株主平等原則」商事法務1825号（2008年）7頁。

(135) 同前参照。

(136) 同前参照。

を通じて、この原則が適用されることが明文の規定によって明確になったと言えようか。たとえば、従来から株主平等の原則に反する事案として参照される判例に、最高裁昭和45年（1970年）11月24日判決民集24巻12号1963頁がある。会社が、一般の株主に対しては無配としながら、特定の大株主に対し、月額8万円、中元および歳暮として各5万円を贈与することを約す契約は、無配による大株主の投資上の損失を填補する意味を有するもので、その大株主のみを特別に有利に待遇し、利益を与えるものであるから、株主平等の原則に反し、平成17年（2005年）改正前商法293条本文（現在の会454Ⅲに相当する規定）の趣旨に徴して無効である旨を判示したものである。その結論は、会社法制定の前後を通じてもとより正当であるが、現行法の下では「商法293条本文の趣旨に徴して」とせずとも、直截に会社法109条1項に違反するとすれば足りることになる。

さらに、平成17年（2005年）改正前商法の下では、標準となる株式について株主平等の原則によって取り扱い、異なる種類の株式（種類株式）については、特に株主平等の原則の例外として認められるという位置づけであったものが⁽¹³⁷⁾、会社法109条1項が、株主をその有する「株式の内容」および数に応じて平等に取り扱わなければならないと規定したので、種類株式も株主平等の原則の範疇にとり込まれ、それぞれの種類の株式（標準となる株式を含む）について、それぞれその内容と数に応じて平等に取り扱わなければならない旨を定めたものと理解すべきことになった⁽¹³⁸⁾。もっとも、会社法は、株式の「内容」を法定しており、法定の種類内容以外の新たな「種類」株式を創出（法定の態

(137) 平成17年（2005年）改正前商法の下では、株主平等の原則上、各株式の内容は原則として同一でなければならないが、資金調達 の便宜などのために、株式が均一の割合的単位の形をとることに對する例外として、商法が許容する態様の範囲内に限って、定款の定めによって、内容の異なる数種の株式の発行が認められると説明されるのが一般的であった。前田庸『会社法入門（第10版）』（有斐閣・2005年）91頁参照、北澤・注（1）前掲164－165頁参照。

(138) 前田・注（42）前掲88頁。

様以外の株主の権利内容等の差別化)することを認めていないので、数種の株式制度が株主平等原則の例外かどうかは、言葉の問題というべきであろうとの指摘もある⁽¹³⁹⁾。

いずれにせよ、会社法109条1項が、株主平等の原則に関するプリンシプルを規定したものと解するにとどまる限り、さらに、数種の株式制度は同条同項の定める例外ではなくなったと解するにとどまる限り、同条同項には、上のような形式的意義が認められるものの、実質的にさほど重要な意義を有するものではない。これに対し、同条同項に実質的な意義を見出し、これを積極的に捉え直そうと試みるのが森本滋である。彼は、同条同項が規定する内容は1義的ではなく、個々の事項ごとに確定しなければならないと説き、ここで重要なのは、「その有する株式の内容及び数に応じて」、機械的に、株主を「平等に取り扱う」ことではなく、実質的平等を確保することであると強調するのである⁽¹⁴⁰⁾。実質的平等を確保するとは、恣意的差別ないし不合理な差別をもって株主を不公平に扱うことを禁ずるという意味であろう。したがって、個別事項について、関連規定の趣旨等から合理的理由があるときは、それが公正の要請に適合することを立証して、機械的平等ではなく、実質的平等を確保する取扱いが許されると解するものと思われる。彼によれば、これは、同条同項を「株式会社は、株主を、その有する株式の内容及び数に応じて、「公正に」取り扱わなければならない」ものとして運用することを意味するが、これまでの経緯も勘案し、さらに実質的には立証責任を転換するため「平等取扱い」とされているのであると説く⁽¹⁴¹⁾。しかし、彼自身いみじくも、これについて、「持株の内容及数に応じた平等取扱い」を明示的に定める現行法の解釈として無理であると批判されようと述べているように⁽¹⁴²⁾、このような解釈は成り立ち難いと

(139) 森本・注 (134) 前掲8頁。

(140) 同前。

(141) 同前。

(142) 同前12頁脚注 (27) 参照。

思われる。先に述べた立法担当者による解釈が成り立ち難いのも同様、この法文は「公正に」を補って読めるような日本語ではない。

同条同項を素直に読めば、会社法制定前には、法文上、個別規定中に存在するにすぎなかった株主平等の原則を、株主・会社間の法律関係を処理するにあたり、「その趣旨に徴して」類推して適用することが望ましいとされてきた場面において、同条同項が明定されたからには、直截にこれを適用して処理すべきであるという以上の意味が付加されるとは思えない。このように解したとしても、株主・会社間のあらゆる法律関係が例外なく数理的処理をもってカバーできるわけでもなく、厳格な数理的処理のみに依拠することがかえって不合理な結果を招くことがあることは、従来とまったく変わりがないのであるから、会社法109条1項の規定にかかわらず、これとは別に、団体の法律関係を律する衡平ないし信義誠実の原則から導かれる、株主の実質的平等に配慮した公正な扱いを求める原則が、不文法の形で存在していると解すれば十分なのではなかろうか。ただし、同条同項の適用を排する強い必要性・合理性が存在することは、これを主張する側が立証しなければならない。

9-3. 平等違反の効果

株主平等の原則に違反する定款の定め、株主総会の決議、取締役の決定、取締役会の決議、代表取締役・代表執行役の執行行為などは、すべて無効である。このことは、会社の善意悪意に関わりがない。ただし、会社の個々の行為について、不利益を受ける株主がそれを承諾すれば、会社がこの原則に反する行為をしても、差し支えない。

9-4. 株主平等の原則の例外

9-4-1. 会社法が定める例外

9-4-1-1. 非公開会社における属人的定めの特許

会社法109条2項は、非公開会社においては、①剰余金の配当を受ける権利、

②残余財産の分配を受ける権利、③株主総会における議決権に関する事項につき、株主ごとに異なる取扱いをする旨を定款で定めることができると規定する。同条同項は、①につき旧有限会社法44条、②につき同法73条、③につき同法39条1項ただし書に定めがあった制度を承継した規定である。このような会社にあつては、株主の持株数の増減に関わらない属人的な（株主の個性に着目した）権利の配分がありうるからであるとされている⁽¹⁴³⁾。たとえば、定款の定めによって、一定数以上の株式を有する株主の議決権を制限したり、特定の株主に複数議決権を付与したり、持株数に関わらず、頭数主義による議決権行使を認めることもできるし、出資額の如何に関わらず剰余金の分配を平等に行うことも可能である。しかし、属人的な定めが、具体的な強行規定（会105Ⅱ参照）もしくは株式会社の本質または公序良俗に反し、株主の基本的な権利を奪うものであつてはならない⁽¹⁴⁴⁾。森本滋は、会社法109条2項の趣旨は、持分会社におけると同様、会社の内部関係に広範に定款自治を認める趣旨であり（会590Ⅱ、591Ⅰ、622Ⅰ、666参照）、従来の有限会社法の解釈論を基礎に、多様な実務の需要に応じる必要があると述べている⁽¹⁴⁵⁾。江頭憲治郎も、同条同項が掲げる事項にとどまらず、ほかにも、定款により属人的な権利の定めをなすことが可能な事項があると解すべきであるとし⁽¹⁴⁶⁾、定款により、取締役の資格を一定数の株主に限ることも許される旨を例示している⁽¹⁴⁷⁾。

上のような取扱いは、株式の権利の内容に基づく異なる取扱いではないため、異なる取扱いをされる株主が有している株式は種類株式（本章11参照）に該当しないこと、当然である。しかし、各々の株主が有する株式の当該権利に関する事項については、種類株式と同様に、株主間の利害調整が必要となる。そのため、会社法109条3項は、「前項の規定による定款の定めがある場合には、

(143) 江頭・注(22)前掲127頁。

(144) 同前128頁脚注(10)。

(145) 酒巻＝龍田編・注(111)前掲117頁〔森本滋〕。

(146) 江頭・注(22)前掲127－128頁。

(147) 同前128頁脚注(10)。

同項の株主が有する株式を同項の権利に関する事項について内容の異なる株式とみなして」株式会社に関する第2編および組織変更に関する第5編の規定を適用するものとしている。第7編の規定が適用されないので、このような株主の株式が種類株式として登記されることはない。

話が前後するが、こうして見ると、会社法109条1項は、非公開会社における株主平等原則の例外を定める同条2項および3項を規定する必要上、注意的に、この原則を示す必要があったにすぎず、公開会社については、従来からの株主平等の原則が基本的に妥当することを明らかにしたに過ぎないと割り切って捉えることも可能かもしれない。

9-4-1-2. 持株要件による不平等

すでに述べたように（本章7-3）、会社法は、共益権の一部について、株主としての権利を行使しうる者を、一定の株式保有期間要件を満たす株主や、発行済株式の一定割合以上または総株主の議決権の一定割合以上・一定数以上を有する株主に限定している。これらの規定は、株式の内容自体に関するものではなく、どの株主も法定の要件を満たせば権利を行使することができるが、権利を行使しうる者と行使しえない者が生じることを認めている点で、株主平等の原則の例外を定めたものと解しうる。したがって、定款をもってしても、株主の権利につき、上の条件を厳格化し、または新たに同様の条件を定めることはできない⁽¹⁴⁸⁾。

9-4-1-3. その他の定め

端数株の処理に関する定め（本章3-3-5）、単元株制度（本章3-4-

(148) 北澤・注（1）前掲165頁。関俊彦は、会社法109条1項が成立したことによって、株式の内容・株式数に応じた扱いという実態がある限り、法律に特に定めていない持株要件等を定めた場合にも、その差異が肯定される余地が出てきたと解している、関・注（4）前掲60頁脚注参照。

3、7-4)も株主平等の原則の例外であると位置づけられる。

9-4-2. 株主優待制度

一定数以上の株式を有する株主に、会社の事業に関連する便益を付与する(たとえば、電鉄会社による優先乗車券の付与、興行会社によるサービス優待券の付与)、いわゆる株主優待制度が、株主平等の原則との関連で問題とされることがある。これに関しては、平等原則は実質的な概念であるから、取扱いの差異が軽微であれば、実質上平等原則に違反しないと述べる立場が従来から有力であった⁽¹⁴⁹⁾。差異が軽微であるというだけでは、優待が許容される根拠として不十分であるとして、優待制度を肯定する根拠を、会社(ないし株主全体)の合理的な必要性や利益の前には、厳密な平等取扱いを求める軽少な株主の利益は譲歩されるべきである点に求めようとの見解もある⁽¹⁵⁰⁾。つまりは、会社の事業政策上の合理性の範囲内であれば、この原則をあまりに硬直的・形式的に解釈するのは妥当でないということであろう。実際上も、会社が、優待制度を通じて、株主をモニター(monitor)あるいはサンプル(sample)に、自社製品やサービスのための広義のマーケティング(marketing)に利用していると捉えられる場合には、これは株主権と関係のない問題である。また、会社のイメージアップ(和製英語、image+up)措置の範囲内であっても株主権と関係がないので問題にする必要がない⁽¹⁵¹⁾。ただし、会社法は、剰余金の配当において、金銭以外の財産をもってする現物配当を認め、剰余金の配当につき、厳格な株主平等原則の適用を要求しているから(会454Ⅰ・Ⅲ)、利益配当として給付される現物と、優待制度に基づいて給付される物品との調整上、微妙な問題が生じる可能性がある。

(149) 北澤・注(1)前掲164頁、前田・注(42)前掲89頁、青竹・注(62)前掲97頁。

(150) 大隅=今井・注(1)前掲338頁脚注(1)、加美・注(27)前掲143頁脚注(2)。

(151) 龍田・注(24)前掲201頁脚注(29)。

9-4-3. 企業買収防衛策と株主平等の原則

9-4-3-1. 議決権制限プラン(plan)と株主平等の原則

近時は、企業買収防衛策との関連で、株主平等の原則の例外が検討されるようになりつつある。この考究においても、有力な商法研究者は、株主平等の原則を(機械的・硬直的に)貫くことが会社自体の利益を害するような場合には、会社はこれに反することをなしうると解さなければならず、株主の平等というも、このような限界内における概念であるといってもよい⁽¹⁵²⁾との認識をその根底に持って、この課題に対峙している感がある。株主平等の原則が有する作用も、会社自体の利益の保護にその限界を見出すのが当然であるというのが、従来から多数の支持を得てきた見解だからであろう。

上の姿勢に忠実な論旨を展開していると思われる代表のひとりが江頭憲治郎である。彼は、株主平等の原則の理解につき、この原則に基づけば法律で認める法定の態様以外の差別化はできず、かつ法定の態様の場合を除き保有株式数で差別することもこの原則に反するのであるから、少数株主権のように、一定の株式を有しない者に権利がないと法律が明定している場合を除き、保有株式数で株主を差別することはできず、保有株式数に比例して権利を与えなければならないとの従来からの見解を念頭に置く⁽¹⁵³⁾。それゆえ、企業買収防衛策として、定款をもって議決権制限株式の議決権行使の条件(会108Ⅱ③ロ)を持株数により差別的に定めること(たとえば、株主が有する株式数が20%未満であることを当該株主が議決権を行使しうる条件と定めること)は、一般的には法律が認めておらず、何らかの強い必要性・合理性がある場合にのみその有効性が認められると解すべきであると説く⁽¹⁵⁴⁾。彼によれば、従来一般的に言われてきた株主平等原則は、厳格に過ぎ、もう少し定款自治の余地があってもよいと思うが、持株数による差別が許されるのは、不平等的扱いをする合理性・

(152) 大隅＝今井・注(1)前掲337頁。

(153) 江頭憲治郎「新会社法の理論的問題(1)」商事法務1758号(2006年)6頁。

(154) 江頭・注(22)前掲126-127頁脚注(7)参照。

必要性に照らし、これが強い場合に限られるとしており、持株比率が20%を超えた場合には議決権が消滅するという定款の定めも、敵対的買収が株主に対し損害を及ぼす可能性がある場合に、経営者側に一定の交渉の余地を与えるとといったような、何らかの合理性があり、あるいは正当な目的を達成するため必要な限りで許されるものであるとしている⁽¹⁵⁵⁾。ただし、そのような必要性・合理性の指標については上述以上の具体的な明言を避け、個別のケースの解釈論として残る話であるとのみ述べるにとどまる⁽¹⁵⁶⁾。野村修也（1962～ ）もまた、議決権制限株式によって、出資額と議決権割合との不均衡を無制限にアレンジ（arrange）できると考えるのは行き過ぎであろうとしつつ、他方において、株主平等原則を根拠に硬直的な枠組みを設定することも、会社法の立法趣旨（おそらく、彼の脳裡にある立法趣旨とは、株主権を法文の文言解釈により弾力的柔軟に導こうとする姿勢のことではないかと思われるが）にそぐわない嫌いがあると述べ⁽¹⁵⁷⁾、買収防衛策としての議決権制限プランも、株主平等の原則に反するといった硬直的な解釈によって直ちに否定されるべきものでなく、①差別化を正当化するだけのニーズ（needs）があるか（必要性のテスト（test））、②差別化のニーズに照らして不相当な制約になっていないか（相当性のテスト）といった視点をフィルターに、正当な目的を達成するために必要な限りで許されると解する⁽¹⁵⁸⁾。江頭が、伝統的な株主平等原則概念の捉え方から出発したのに対し、野村は、この原則の柔軟度をより広げる立場から論旨を展開していると思われる。いずれにせよ、両者が到達した結論は、いわゆる議決権制限プランを無制限に認めることは適当でないが、一定の必要性・合理性（相当性）があればこれが許されるというものである。

議決権制限株式のみならず、およそ種類株式の内容の設計にあたっては、そ

(155) 江頭・注（153）前掲7頁。

(156) 同前。

(157) 野村修也「株式の多様化とその制約原理」商事法務1775号（2006年）32頁。

(158) 同前33頁。

れは会社と株主との間の法律関係（当該株式会社の社員権そのものの性格）の決定に係る問題であるから、その内容の差別化に、行間不立の文言の了解として、株主平等の原則に背馳してはならないという限界が存在するのは当然のことである。したがって、具体的なある議決権制限プランが有効であるか否かを判断する道筋として、当該プランがその限界の許容範囲に収まるか否かを評価すればよいとする、2人のアプローチ（approach）の方法は、首肯する他ない。少なくとも、議決権制限プランに平等原則が適用されないと説く立法担当者の解釈⁽¹⁵⁹⁾は、排除されなければならない。ここまでは確かであろうと思われるが、しかし、2人のアプローチによって、^{たちどころ}立所に満足な解が導かれるか否かは、現在のところ、定かではない。2人の主張は、このプランの定款の定め有効性の限界につき、司法判断の蓄積を待てと言うに変わらないと思われるからである。とくに江頭の主張のような、保有株式数で株主を差別化する定款の定めを原則無効と解しつつ、有効となる必要性・合理性が認められるケースを個々に拾い上げるという手法は、このプランに基づく当面の総会決議を不安定なものとしかねないのではなからうか。出口正義（1948～ ）もこの問題につき、従来からの相対的に厳格な株主平等原則概念から出発し、定款または取締役会決議で議決権行使条件（会108Ⅱ③ロ）を定めるにあたり株主を恣意的に差別してはならず、とくに20%保有株主の議決権行使が制限され、それ未満の保有株主のそれが制限されない理由は何か、その理由の合理性が問題となり、合理性が認められないときは、その旨の定款の定めを決議した株主総会決議（会466、309Ⅱ⑪）は、平等原則に反し無効であり（会830Ⅱ）、取締役会決議で行われた場合（会108Ⅲ）も同様に解される⁽¹⁶⁰⁾と述べるが、理由の合理性を判断できるだけの指標の提示に至っていない。皆が皆、この問題に関して株主平等原則が適用されない限界が存在することを意識しつつ、最善と思われる

（159）葉玉匡美「議決権制限株式を利用した買収防衛策」商事法務1742号（2005年）30頁。

（160）出口正義「株主の平等」江頭憲治郎＝門田正人編集代表『会社法大系第2巻』（青林書院・2008年）40－41頁。

アプローチ方法を用いて解の模索を試みているにもかかわらず、実務の運用に耐えうる客観的指標の提示に至れていないのが現状である。そうであるとすれば、無責任との議^{そしり}は免れないかも知れぬが、上のような議決権制限プランの定款の定め自体を無効と解することが、実務を徒らに誤った方向（株主の支持を失えば何時でも会社を去るという覚悟と緊張感の欠如した経営陣の輩出）へ導くよりは増^{まし}であると考える余地もあろう。

9-4-3-2. 新株予約権無償割当てと株主平等の原則

最高裁平成19年（2007年）8月7日決定民集61巻5号2215頁が世に出たのを契機に、敵対的な買収者を差別的に取り扱う新株予約権（会2②、新株予約権自体についての記述は、第5帖を予定）の無償割当て（会277）が株主平等の原則との関係でどう評価されるべきかに関する議論が惹起された。

上の事件は、敵対的買収という有事に際する事前準備のなかった買収対象会社であるY社の経営陣が、買収者XによるY社株式の公開買付開始後^{たまたま}に、偶々定時株主総会の開催時期に恵まれたことを利用して、急拠、総会に買収防衛策に係る定款変更議案（一定の新株予約権無償割当てに関する事項を総会特別決議とすることなどが中心）を提出することとし、その可決を条件に、買収者Xに対する差別的行使条件・取得条項付の新株予約権無償割当てを行う旨の議案をも提出して、これに対抗しようと試みた特殊な事案であった。これらの議案は、議決権総数の8割強の賛成を得て可決されている。本件新株予約権無償割当ての主たる内容は、およそ以下のようなものであった。①基準日における株主名簿・実質株主名簿上の株主に対し、1株につき3個の割合で新株予約権を割り当てる。②その1個の行使により1株のY社普通株式を交付するが、その場合の払込金額は1株当たり1円とする。③Y社は、取締役会が定める日をもって、所定の数のY社普通株式を対価に、本件新株予約権を取得することができる。④しかし、X関係者を非適格者として本件新株予約権を行使することができないとするともに、⑤Y社は、取締役会が定める日に本件新株

予約権1個につき所定価格（本件公開買付けの買付価格の4分の1に相当する価格）を対価に、X関係者の有する本件新株予約権を取得することができる。

Y社取締役会は、総会における上記議案の可決を受けて、総会と同日に直ちに、新株予約権無償割当ての要項を決議するとともに、X関係者の有する新株予約権を所定価格の支払いと引換えに譲り受ける旨を決議した。

Xは、総会に先立ち、本件新株予約権無償割当てには、募集新株予約権の差止めに係る会社法247条が類推適用されるところ、本件新株予約権無償割当ては、X関係者という特定の株主についてのみ、その属人性に着目して、行使条件・取得条項において他の株主に比して著しく不利な内容の新株予約権を割り当てるものであり、株主平等原則に違反すると主張し（加えて著しく不公正な方法によるものであるとの主張もしている）、裁判所に対し、本件新株予約権無償割当ての差止めを求める仮処分命令の申立てを行った。原々審（東京地決平成19年（2007年）6月28日金判1270号12頁）、原審（東京高決平成19年7月9日金判1271号17頁）がともにこれを退けたため、Xが抗告したものである。

最高裁判所は、暗に、新株予約権無償割当てへの会社法247条の類推適用を認めることを前提に⁽¹⁶¹⁾、株主平等の原則に反するとのXの主張に対し、以下のように判示して、抗告を棄却した。すなわち、

「新株予約権無償割当てが新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであっても、これは株式の内容等に直接関係するものでないから、直ちに株主平等の原則に反するということとはできない。しかし、株主は、株主としての資格に基づいて新株予約権の割当てを受けるところ、〔会社〕法278条2項は、株主に割り当てる新株予約権の内容及び数又はその算定方法についての定めは、株主の有する株式の数に応じて新株予約権を割り当てることを内容とするもの

(161) 本決定をこう解するのが、商法研究者の趨勢である。田中亘「ブルドックス事件の法的検討（上）」商事法務1809号（2007年）8頁、中東正文「ブルドックス事件と株主総会の判断の尊重」ジュリスト1346号（2007年）18頁、青竹正一「新株予約権無償割当てと差止め」判例時報1987号（2008年）168頁、松井秀征「本件判批」ジュリスト1354号（2008年）110頁など参照。

でなければならないと規定するなど、株主に割り当てる新株予約権の内容が同一であることを前提としているものと解されるのであって、〔会社〕法109条1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶというべきである。』

「株主平等の原則は、個々の株主の利益を保護するため、会社に対し、株主をその有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱うことを義務付けるものであるが、個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないものであるから、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害されるおそれが生ずるなど、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを直ちに同原則の趣旨に反するものということとはできない。そして、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在しなかったり、虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである。」

新株予約権無償割当ての場合には、これに差別的 content・行使条件を付すことは、原則として、株主平等の原則に抵触するというべきであろう。新株予約権無償割当ては、株主に対してその持株数に応じて無償でこれを割り当てるものであり（会277）、株主は、その会社の株主たる資格に基づいて割当てを受けるのであるから、これが株主としての権利の内容でないとはいえない⁽¹⁶²⁾。確かに、新株予約権は株式そのものではないから、権利内容につき、株式と同様の

(162) 青竹・同前168-169頁。

「厳格な」平等原則は存在せず⁽¹⁶³⁾、また、その権利行使条件や取得条項の定めを柔軟に設けることを許して実務の多様な需要に応じるという立法趣旨にも目配りが必要であること⁽¹⁶⁴⁾は正当であるが、新株予約権の多様な発行形態のうち、既存株主を対象にこれが発行される場合には、法が定めるとのようなプロセス（process）によりこれが株主に交付されるのかという点を精緻に検証する必要がある⁽¹⁶⁵⁾。会社法278条の文言は、日本語として決して良質の文章ではないが、同条2項は、新株予約権無償割当てにおいて株主に割り当てられる当該新株予約権の内容は、当然に平等な取扱いをなすべきもの、すなわち等質の内容であるべきことを前提に規定されていると読むべきである⁽¹⁶⁶⁾。無償割当てにあっては、新株予約権の行使条件についても同様に、差別的な取扱いは認められないであろう⁽¹⁶⁷⁾。新株予約権無償割当てには、従って、株主平等の原則が適用されるのであって、この場合にその原則を直截に具体化した形で、会社法278条2項が厳格な平等原則を守るよう規定していると解さなければならない。そうであるとすれば、新株予約権無償割当てにおける特定の株主を対象とする差別的な扱いは、会社法109条1項を持ち出すまでもなく、それだけで直截に同法278条2項違反を問題にすればよいことになる。

それでは、278条2項のように、厳格に平等原則を遵守すべき個別規定が存在すれば、この原則につき、例外なく必要性・合理性（相当性）に基づく比例的扱いからの逸脱が認められないのであろうか。そうではなかろう。本節の冒頭で触れたように（本章9-4-3-1）、一般則たる株主平等の原則は、会社自体の利益の保護にその限界が見出されなければならない、その一般則を特に慎重かつ厳格に尊重すべき場合として同条同項のような個別規定が設けられているのであるから、これら個別規定もまたその限界の中で運用されるべきが当

(163) 江頭・注(22)前掲709頁脚注(6)参照。

(164) 森本・注(134)前掲9頁参照。

(165) 田中・注(161)前掲12頁脚注(11)参照。

(166) 青竹・注(161)前掲169頁参照。

(167) 詳細は、同前参照。

然であるからである。そうであるとすれば、差別的な新株予約権の無償割当ても、理論的には、必要性・合理性（相当性）を要件に、株主平等原則に反しない場合がありえることになる。ただし、この原則を厳格に遵守せよとの個別具体的規定が存在するからには、必要性・合理性（相当性）の判断には、より慎重さが求められるのである。

上記の最高裁決定も、「会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを直ちに同原則の趣旨に反するものということとはできない」と述べ、一定の場合に例外が存しうことは認めている。判旨のこの部分については、必要性和合理性（相当性）を要件に株主平等の原則の例外を認める近時の学説の立場に沿うものであると評価されている⁽¹⁶⁸⁾。ところが、最高裁は、本事件における企業買収が企業価値を毀損するか否かの最終判断を株主に委ねるとしたうえで（おそらく、東京高決平成17年（2005年）3月23日判時1899号56頁以来の流れを踏襲したものであろう）、定時株主総会における特別決議を尊重して、これを株主の最終的な判断と評価したのである。この点については批判が多い。株主平等の原則は強行法規と解される以上、定款の定めなし特別決議があるというだけでは、当然にこの原則や会社法278条2項に違反しないとはいえない⁽¹⁶⁹⁾からである。

本件決定に限っていえば、株主平等原則違反の問題をクリア（clear）するために、最高裁が総会決議に依拠する以上、本件における株主総会の決議内容に買収者関係者たる株主に対する差別的扱いを容認できるだけの必要性・合理性（相当性）があったか否かを実質的に判断する必要があると思われる。単に

(168) 北村雅史「本件判批」私法判例リマックス37号（2008年）94頁。

(169) 田中亘「ブルドックソース事件の法的検討（下）」商事法務1810号（2007年）15頁、北村・同前参照、青竹・注（161）前掲169頁参照。なお、松井・注（161）前掲110頁意見参照。

総会手続が適正であり、前提事実の虚偽・不存在など判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しないといったことを認定するだけでは足りない。本件株主総会が認めた措置が、防衛策として必要かつ相当であったという、より実質的な理由づけを加える必要があったのである⁽¹⁷⁰⁾。本決定は、この説示が不十分であると評価せざるをえない⁽¹⁷¹⁾。

それでは、新株予約権無償割当てが、特定の株主に対して差別的であっても、株主平等原則や会社法278条2項に違反しないというためには、何を判断しなければならないか。青竹正一は、この点に関する2つの規準を提示している。すなわち、①敵対的買収者が真に合理的な経営を目指す者ではなく、買収者が会社の支配権を取得すると、会社に回復し難い損害を齎し、買収者以外の株主、とくに買収対象会社の株式を引き続き保有しようとする株主の利益が損なわれることになるか、②差別の程度が過度になっていないか、という規準である⁽¹⁷²⁾。そして、①の規準については、買収防衛策の会社にとっての合理性必

(170) 田中・注(161)前掲9頁参照。

(171) なお、本決定に係る買収対象会社の対応策につき、新株予約権の有利発行と自己株式取得に関する会社法の要件に照らして、これが適法であると評価できると提唱するものがあるが（浜田道代「差別的行使条件・差別的取得条項付新株予約権無償割当てによる買収防衛策と株主平等原則（2）」民商法雑誌139巻（2008年）3号317頁参照）、このような評価が可能であるかは、やや疑問が残る。上のような評価に疑問を呈するものとして、近く刊行予定の戸川成弘「募集株式・募集新株予約権の著しく不公正な方法による発行・自己株式の処分」浜田道代＝岩原紳作編『ジュリスト増刊会社法の争点』（有斐閣）がある。この論稿の文脈の背後には「確かに会社法は、一定の場合に、少数株主の経済的利益を保障したうえで、多数決をもって、実質的にこの者を締め出すことを許容している（反対株主の買収請求権など）が、しかし、これらはあくまでも会社の合理的な目的実現のために、会社法が政策的に認めた例外的な場合について規定したものと位置づけられる。したがって、法の明確な規定を欠く場合のこのような行為について、規定のないときには同じように解釈することはできないのではないか」とする判断があると思われる。なお、江頭憲治郎編『会社法コメンタール第6巻』（有斐閣・2009年）260－263頁〔吉本健一〕の記述も戸川論稿の結論と平仄が合っていると思われる。

(172) 青竹・注(161)前掲169頁参照。

要性だけでは不十分であると特に付言し⁽¹⁷³⁾、「買収関係者以外の株主の利益が損なわれることになるか」という観点から判断することを忘れてはならない旨が強調されている。上の青竹規準は、現時点では、最も現実的で穏当な提言と言えるであろう。

なお、本決定の事案に即して、②の規準につき付言すれば、田中亘（1973～）が明快に指摘しているように、会社法の諸規定を見渡しても、そこから「特別決議に基づき、かつ経済的利益の平等さえ確保していれば、特定の株主についてだけその持株比率を強制的に下げてもよい」という一般的な準則をただちに導くことは無理である⁽¹⁷⁴⁾という評価を重く見なければならない。買収者に財産的損害を生じさせなければ、持株比率の面で差別的な取扱いをしても直ちに平等原則に違反しないと言うことはできず、経済的価値の平等性を②の規準の判断の主たる柱に据えるべきではない。買収者に財産的損害を与えないことは、②において考慮すべき判断材料の1つに過ぎず、これを主たる要素として前面に押し立てることには慎重でなければならない。

上記最高裁判決に関連するものとして、東京高裁平成20年（2008年）5月12日決定金商1298号46頁がある。この決定は、新株予約権発行につき、法令定款違反あるいは不公正発行といった瑕疵が存在する場合には、これに続く新株発行手続も当然これらの瑕疵を引き継いだものとなるから、先行する新株予約権発行手続に会社法247条の差止事由がある場合には、これに引き続いて行われる新株発行手続にも当然同法210条の差止事由があるし、株主に対する新株予約権無償割当てであっても、差別的行使条件が付されるために株主の地位に実質の変動を及ぼす場合には、会社法247条が類推適用されると述べるものである。そして、上記最高裁決定を引用しつつ、差別的行使条件が付された新株予約権無償割当てが、会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等またはこれを支持する特定の株主

(173) 同前。

(174) 田中・注(161)前掲9頁。

の経営支配権を維持するためのものである場合には、当該新株予約権無償割当ては原則として著しく不公正な方法によるものと解すべきであるとし、この事案に係る新株予約権無償割当てを現経営陣の支配権維持のためにするものと認定し、株主平等原則の例外として許容される場合に該当しないと判断して、株主平等原則の趣旨に反し、また、著しく不公正な方法によるものというべきであると判示している。

最後に、いわゆるライツプラン⁽¹⁷⁵⁾（Rights Plan）と株主平等原則との関係を論じ、これについて安直に平等原則の例外との結論を採るべきでないとした吉本健一（1949～ ）の「ポイズン・ピル（poison pill）と株主平等原則」と題する平成17年（2005年）に阪大法学55巻3・4号に公表された論稿は、一読に値する。研究者としての良心に^{あふ}溢れた、まさに正論である。

10. 株式の内容についての特別の定め

10-1. 全発行株式に共通するその内容についての特別の定め

ある株式会社が、当該会社の株式の内容につき、定款に特段の定めを設けなければ、その会社の株式の内容は、会社法が規定するところに従って、自動的に決定する。しかし、上のような標準的な株式（文脈上、このような標準的な株式を普通株式と表現することもある）に対し、会社法107条1項柱書は、「株式会社は、その発行する全部の株式の内容として次に掲げる事項を定めることができる。」と規定し、その株式の内容に、各会社の需要に応じて、一様に特殊な性格を与えることを許容している。株式に一様に特殊な性格を与えること

(175) 新株予約権を利用した敵対的買収防衛策を指す。ライツは、株主に新株を与える権利という意味である。既存株主に普通株式を取得できる新株予約権などの権利を付与し、敵対的買収者が買収に乗り出した時に発動する。事前警告型ライツプランとは、平時のうちに防衛策を開示（事前警告）しておくもので、敵対的買収者が現われると、事前警告に従って、当該買収者だけが行使できないという差別的行使条件を付した新株予約権を全株主に無償で割り当て、買収者の持株割合の低下を狙うものである。なお、信託銀行などが新株予約権を預っておき、敵対的買収が仕掛けられたときに発動する信託型ライツプランの商品化が金融機関によって進められている。

は、すなわち、そのような株式会社自体に特殊な性格を付与することになる。

会社法107条1項は、その発行する全部の株式の内容として、同条同項各号に掲げる3つの事項を定めることができるとしている。その発行する全株式の内容を一様に設計するメニュー (menu) は、この3つの中から選ぶ他ないが、単品として選んでもよいし、この3つを組み合わせて設計してもよい。しかし、これ以外のメニューを使用することは認められない。その発行する全部の株式の内容を一様に設計するのであるから、このような株式会社にあつては、持分均一主義が維持されていることになる。

10-2. 全発行株式を譲渡制限株式とする定め

会社は、その発行する全部の株式の内容として、これを譲渡による株式の取得について会社の承認を要することとする旨を定款で定めることができる (会107Ⅰ①)。このような株式は、系譜上、昭和41年 (1966年) 改正法で採用された譲渡制限株式に連なるものである (同年改正後商204Ⅰただし書参照)。

同族会社あるいは合併会社 (複数の企業者が高比率で出資し合い、人員の派遣などを通じて共同で経営に参加すべく設立された会社、joint venture) などのように、株主の個性が重要であつて、好ましくない者が株式を譲り受けて株主となる事態を避けたい会社がある。このような会社の需要に応える株式設計が可能になっている。定款にこの旨の定めが置かれると、その会社の株式はすべて譲渡制限株式となり、当該会社は非公開会社となる (会2⑤参照)。

全発行株式を譲渡制限株式とするためには、定款で、①株式を譲渡により取得することにつき当該会社の承認を要する旨、②一定の場合に会社が譲渡を承認したものとみなすときは、その旨およびその一定の場合、を定めなければならない (会107Ⅱ①)。上の②は、たとえば、現に株主である者へ株式を譲渡する場合には、当然に会社の承認があつたものとみなすと定めることによって、会社の内部手続を簡素化するための配慮である。

譲渡承認の手続や会社成立後に新たにこの制度を採用する場合の手続をはじ

め、その詳細は、必要な箇所ですべる（主に第3帖を予定）。

10-3. 全発行株式を取得請求権付株式とする定め

取得請求権付株式とは、会社がその発行する全部または一部の株式の内容として、株主が当該会社に対して、当該株式の取得を請求することができる旨の定めを設けている場合における当該株式をいう（会2⑱）。要は、株主から会社に対して請求があれば、会社はその株式を（一定の対価たる財産と引換えに）取得しなければならないと定款に定められた株式をいう（詳細は本章11-2-4参照）。

会社は、その発行する全部の株式の内容として、これを取得請求権付株式とする旨を定款で定めることができる（会107Ⅰ②）。

全発行株式を取得請求権付株式とするためには、定款で、①株主が、会社に対して、当該株主の有する株式を取得することを請求することができる旨、②株式1株の取得と引換えに、当該株主に対し、（i）会社の社債を交付するときは、当該社債の種類および種類ごとの各社債の金額の合計額またはその算定方法、（ii）新株予約権を交付するときは、当該新株予約権の内容および数またはその算定方法、（iii）新株予約権付社債を交付するときは、当該新株予約権付社債の社債につき、社債の種類および種類ごとの各社債の金額の合計額またはその算定方法、新株予約権につき、新株予約権の内容および数またはその算定方法、（iv）株式等（株式・社債・新株予約権）以外の財産を交付するときは、当該財産の内容および数もしくは額またはこれらの算定方法、ならびに、③株主が会社に対して株式を取得することを請求できる期間、を定めなければならない（会107Ⅱ②）。

全発行株式を取得請求権付株式とする定めを設けた場合であっても、持分均一主義は維持されているので、取得の対価として株主に交付される財産に、当該会社の株式は含まれない。そうしても無意味だからである。

10-4. 全発行株式を取得条項付株式とする定め

取得条項付株式とは、会社がその発行する全部または一部の株式の内容として、当該会社が一定の事由が生じたことを条件として、株主から当該株式を取得することができる旨の定めを設けている場合における当該株式をいう（会2⑨）。要は、あらかじめ定めおいた一定の事由が生じれば、会社はその株式を（一定の対価たる財産と引換えに）株主から取得することができると定款に定められた株式をいう（詳細は本章11-2-5参照）。

会社は、その発行する全部の株式の内容として、これを取得条項付株式とする旨を定款で定めることができる（会107Ⅰ③）。

全発行株式を取得条項付株式とするためには、定款で、①一定の事由が生じた日に会社がその株式を取得する旨およびその事由、②会社が別に定める日が到来することをもって一定の事由が生じた日とするときは、その旨、③一定の事由が生じた日に株式の一部を取得するときは（必ずしも発行済みの全株式を取得しなくてもよい）、その旨および取得する株式の一部の決定方法、ならびに、④株式1株の取得と引換えに、当該株主に対し、（i）会社の社債を交付するときは、当該社債の種類および種類ごとの各社債の金額の合計額またはその算定方法、（ii）新株予約権を交付するときは、当該新株予約権の内容および数またはその算定方法、（iii）新株予約権付社債を交付するときは、当該新株予約権付社債の社債につき、社債の種類および種類ごとの各社債の金額の合計額またはその算定方法、新株予約権につき、新株予約権の内容および数またはその算定方法、（iv）株式等（株式・社債・新株予約権）以外の財産を交付するときは、当該財産の内容および数もしくは額またはこれらの算定方法、を定めなければならない（会107Ⅱ③）。

ここでもまた、取得の対価として交付する財産に、当該会社の株式が含まれないこと、当然である。

上のような株式に関してもまた、各論上の問題は必要な箇所述べる（主に第3帖を予定）。

11. 種類株式

11-1. 種類株式の意義

すでに述べたように、株式会社にあつては、社員の地位は、細分化された割合的単位の形式、すなわち株式という形をとり、わが会社法にあつては、定款に特段の定めがない限り、すべての株主にとって、その単位としての1株は、大きさ・内容などについて均一であることが原則となっている（本章2-2など参照）。しかし、会社から観れば資金調達が多様化を図るという便宜のため、株主から観れば、多様な投資目的（何を狙って株主になるかという目的）に応えるため、それぞれの需要に応じて、同一会社において、多様な内容で設計された異なる種類の株式を発行できることが便宜である。それゆえ会社法は、同一会社が発行する株式の一部につき、権利内容の異なる複数の種類のそれを発行することを許容している。

会社が発行する株式の一部の内容が異なる株式を「種類株式」といい、2以上の種類株式を発行することができる会社を「種類株式発行会社」という（会社2⑬，108Ⅰ柱書）。定款上、内容の異なる2以上の種類株式の内容が、発行可能株式として規定されておれば種類株式発行会社であり、現実には2以上の種類株式を発行していなくてもよい。

種類株式は、当初、主として株主の経済利益を調整するものとして生まれたが（配当において優遇されるならば議決権は不要であるという無機能株主の投資需要を満たすため）、近年に至り、会社支配の構図を株式の種類で調整する必要を満たすためにも利用されるに至っている⁽¹⁷⁶⁾。具体的には、近年、上場会社においてトラッキング・ストック⁽¹⁷⁷⁾（tracking stock）等の新しい形態のものが現われたこと、敵対的企業買収に対する防衛策として拒否権付種類株式等

(176) 関・注（4）前掲39頁参照。

(177) 特定の事業部門や子会社の業績に株価を連動させて配当を行う株式をいう。わが国では、平成13年（2001年）6月に、ソニーが、連結子会社であるソニーコミュニケーションネットワークの業績に連動して利益配当を行う種類株式として初めて発行した。

に対する関心が高まったこと、および、ベンチャー企業等の閉鎖型のタイプ（type）の会社において持株数に応じない取締役等の選任権限配分の必要性が強い点が認識されたことといった事情が挙げられる⁽¹⁷⁸⁾。こうした事情を背景に、平成13年（2001年）法律第128号改正及び平成14年（2002年）改正は、株式の多様化をさらに進め、会社法はそれに拍車をかけた⁽¹⁷⁹⁾。

会社が発行できる種類株式の内容は、会社法によって画されている。株式の内容を各会社の自由に委ねてしまえば、思いもよらぬ非常識な内容の株式が横行し、既存株主が不測の損害を被るような事態が生じるであろうし、そうなれば、株式会社制度に対する信頼が揺らぎかねないからである⁽¹⁸⁰⁾。具体的には、種類株式の内容は、会社法108条1項が掲げる9種類のメニューから選択してこれを設計しなければならず、同条同項各号を逸脱して、その内容を縦に設計することは許されない。なお、会社法108条は、種類株式を「異なる種類の株式」と称している。

11-2. 種類株式の内容

11-2-1. 優先株式・普通株式・劣後株式

会社は、剰余金の配当または残余財産の分配について内容の異なる株式を発行することができる（会108 I ①②）。特定種類の株式が、剰余金の配当もしくは残余財産の分配またはこの両者につき、他の種類の株式に比し、優先的地位を認められる場合に、その種類株式を「優先株式」といい、逆に劣後的地位を与えられる場合は、その種類株式を「劣後株式（後配株式）」という。標準となる株式を「普通株式」という。また、剰余金の配当において普通株式に優先し、残余財産の分配においてはこれに劣後するといった、ある面で優先的扱いを受け、他の面で劣後的扱いを受けるものを「混合株式」という。これらの種

(178) 江頭・注(22) 前掲131頁。

(179) 龍田・注(24) 前掲280頁。

(180) 同前参照。

類株式は、系譜上、昭和13年（1938年）改正法によって認められた、わが国で最も古いタイプの種類株式に連なるものである（同年改正後商222 I 参照）。

たとえば、会社の業績不振時に、普通株式の発行による資金調達が困難な場合には、優先株式を発行して新たな株主（出資者）の獲得を目指せばよく、逆に業績好調時には、募集株式を発行して既存の株主の剰余金配当額の低下を避けるべく、劣後株式を発行すればよい（業績が好調であれば、劣後株式であってもそれなりの配当に与ることができる）。このような利用方法が考えられる。

剰余金の配当に関する種類株式については、定款で、当該種類の株主に交付する配当財産の価額の決定の方法、剰余金の配当をする条件その他剰余金の配当に関する取扱いを定めなければならず（会108Ⅱ①）、残余財産の分配に関する種類株式については、定款で、当該種類の株主に交付する残余財産の価額の決定の方法、当該残余財産の種類その他残余財産の分配に関する取扱いの内容を定めなければならない（会108Ⅱ②）。

剰余金の配当に関する優先株式は、その優先権の態様に従って、参加的・非参加적、累積的・非累積的の区別がなされる。一定額または一定率の優先配当の支払いを受けた後になお普通株式と並んでなお剰余金の分配に与るものを「参加적優先株式」という。一定額または一定率の優先配当の支払いを受けるのみで、残余の配当に与ることができないものを「非参加적優先株式」という。参加적・非参加적の区別は、残余財産分配請求権に関する優先株式についても認められる。また、特定事業年度の配当が、所定の一定額または一定率に達しない場合に、その不足額を後の事業年度の利益から補填支払いがなされるものを「累積的優先株式」という。同様の場合に、事業年度ごとに配当額が打ち切れ補填支払いがなされないものを「非累積的優先株式」という。これらの区別は、剰余金の配当・残余財産の分配に関する取扱いの内容として、原則として定款で定められる。非参加적・累積的な優先株式は、わけても業績の堅実な会社にあつては、配当が確実な点で、確定利息の支払いを受ける社債に接近する。

剰余金の配当に関する種類株式には、必ずしも優先・劣後の関係に分けられないものがある。特定の子会社や事業部門の財務内容に連動させて配当が受けられるように設計されたトラッキング・ストックは、剰余金の配当に関する種類株式に分類される⁽¹⁸¹⁾。

剰余金の配当に関する種類株式について定款に定めるべき事項のうち、配当すべき財産の種類は剰余金の配当に関する取扱いの内容として定款に定めなければならないが、これ以外の事項は、定款にその要綱のみを定め、具体的な細目を当該種類株式を初めて発行する時までに株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議で定める旨を定款で定めることができる（会108Ⅲ，会施規20Ⅰ①）。金融情勢の変動に機動的な対応を可能とするためである⁽¹⁸²⁾。

11-2-2. 議決権制限株式

会社は、株主総会における議決権がまったく認められない株式（完全無議決権株式）または総会決議事項の一部についてのみ議決権を認められる株式を発行することができる（会108Ⅰ③）。これらの株式を、完全な議決権のある株式に対し、「議決権制限株式」という。

かつて「議決権のない株式」と称された種類株式が存在し、この種類株式は、昭和13年（1938年）改正の際、商法242条1項に初めて設けられて以来、数次の改正を経たが⁽¹⁸³⁾、昭和25年（1950年）改正後、平成13年（2001年）法律第128号改正前まで、この株式は、利益配当優先株、すなわち利益配当に関し優先的内容を有する種類の株式についてのみ認められていた（同年改正前商242Ⅰ本文）。これは、株主にとって最も重要な権利である利益配当請求権につい

(181) このような種類株式の具体的な設計方法の例については、前田・注（42）前掲97－98頁参照。

(182) このような法政策が現実の要請に適うことの具体的な説明については、龍田・注（24）前掲283頁参照。

(183) 詳細は、酒巻＝龍田編・注（111）前掲77－78頁〔松尾健一〕参照。

て優先的取扱いをなすことと引換えにのみ、議決権を奪うことを認めるという法政策であった⁽¹⁸⁴⁾。それゆえ、優先配当額の支払いがない場合には、当該株式の議決権が復活するものとされていた（同年改正前商242Ⅰただし書）。

議決権制限株式は、系譜上、上述の議決権のない株式の後継種類株式であるが、平成13年（2001年）改正時に、資金調達の手軽化を図るための種類株式の1種として定められ（同年（法128）改正後商222Ⅰ，平成14年（2002年）改正後商222Ⅰ⑤）、必ずしも優先株式でなくとも、普通株式・劣後株式についても議決権制限株式として設計されたものの発行が可能になった。

たとえば、ベンチャー企業などにおいて一部の出資者には取締役や監査役の選任について発言を認めないようにしたいという需要に適合する⁽¹⁸⁵⁾。また、中小企業の共同経営者間・合弁会社のパートナー（partner）間等で、資本多数決によらない支配権分配を行いたい場合に、多数派が所有する株式の一部を議決権制限株式とすることにより、そのような需要に応えることができる⁽¹⁸⁶⁾。さらに、従来の支配関係に変動を与えないでエクイティ・ファイナンス⁽¹⁸⁷⁾（equity finance）を行うことも可能になる⁽¹⁸⁸⁾。

議決権制限株式を発行するには、定款で、株主総会において議決権を行使できる事項、議決権の行使の条件を定めるときは、その条件を定めなければならない（会108Ⅱ③）。行使の条件の細目については、この種類株式を初めて発行する時まで、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議によって定める旨を定款で定めることができ、この場合には、その内容の要綱を定款で定めておけばよい（会108Ⅱ③，会施規20Ⅰ③）。議決権は、全部または特定の事項につき、行使が可能か否かという形式でのみ、その内容を定めなければならない

(184) 北澤・注（1）前掲180－181頁参照。

(185) 関・注（4）前掲41頁脚注参照。

(186) 江頭・注（22）前掲139頁参照。

(187) 企業の、新株発行につながる資金調達。

(188) 神田・注（55）前掲78頁。

ない。1株に複数議決権を付与したり、一定以上の株式を有する株主の議決権に上限制・^{ていげん}通減制を敷く等の形は認められない⁽¹⁸⁹⁾。いわゆる議決権復活条項も、定款で定める行使の条件に含まれる（議決権制限株式として発行された優先株式に一定額または一定率以上の剰余金の配当がない場合には、当該株式の議決権が復活するといった条項）。

議決権制限株式の株主は、議決権が制限される事項につき、当該議決権の存在を前提とする権利を行使することは認められない（会297Ⅰ，303Ⅰ，304Ⅰ）。株主総会の目的である事項について議決権を行使することができない株主が有する議決権の数は、算定の基礎となる総株主の議決権の数に算入しない（会297Ⅲ，303Ⅳ，306Ⅰ・Ⅱ）。

非参加的累積的優先株式を完全無議決権株式として発行すれば、当該株式は、さらに社債に接近する。

公開会社にあつては、議決権制限株式の数が発行済株式総数の2分の1を超えるに至ると、直ちにそれ以下にするための是正措置をとらなければならない（会115）。議決権制限株式が大量に発行されると、少額出資者が多数の投資者からなる会社を容易に支配するといった事態を招くことも考えられるから、このような定めを設けたのである。しかし、議決権制限株式を超過発行しても、当該株式が無効にはならず、超過発行に対する罰則規定もない。ただし、このような不正常な状態を長期に放置すれば、取締役の善管注意義務（民644）違反となろう。

非公開会社においては、議決権制限株式の発行割合に対する制限はない。この点に関して、青竹正一が、非公開会社が発行する株式は普通株式が一般で、発行する株式も少ないから、数量制限を設けなかったことは、この株式が少数の議決権のある株主による会社支配、現経営者の支配権の維持に利用されてしまう可能性があるとの懸念を表明している⁽¹⁹⁰⁾ことを付言しておきたい。

(189) 江頭・注(22) 前掲139頁。

(190) 青竹・注(62) 前掲88 - 89頁。

11-2-3. 譲渡制限株式

会社は、譲渡による当該種類の株式の取得について当該会社の承認を要する株式を発行することができる（会108Ⅰ④）。

会社法制定前にあっては、発行する株式の一部についてのみ譲渡制限を付することができるか否かにつき見解が分かれていた。会社法は、譲渡制限の有無もまた株式の種類を形成する事項の1種であると明定し、譲渡制限株式を種類株式として明確に認知するとともに、発行できる株式の一部についてでも定款に譲渡制限の定めのない会社を公開会社と定義することとして、この問題に結着をつけた。

これによって、たとえば、普通株式と優先株式とを発行する会社が、優先株式にのみ譲渡制限を付したいといった需要に応えることが可能となる⁽¹⁹¹⁾。

譲渡制限株式を発行するには、定款で、譲渡による当該種類の株式の取得について当該会社の承認を要する旨、一定の場合に会社が譲渡を承認したものとみなすときは、その旨および当該一定の場合、を定めなければならない（会108Ⅱ④、107Ⅱ①）。会社が譲渡承認をしたものとみなすときの細目は、この種類株式を初めて発行する時まで、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議によって定める旨を定款で定めることができ、この場合には、その内容の要綱を定款で定めておけばよい（会108Ⅲ、会施規20Ⅰ④）。

11-2-4. 取得請求権付株式

会社は、当該種類の株式について、株主が会社に対してその取得を請求することができる株式（取得請求権付株式）を発行することができる（会108Ⅰ⑤）。すでに述べたように（本章10-3）、その会社の全発行株式を均一に取得請求権付株式とすることもできるが（会107Ⅰ②）、この株式は、種類株式としての発行も認められるのである。取得請求権付株式にあつては、取得のイニシアチ

(191) 青竹・同前89頁参照、酒巻＝龍田編・注（111）前掲83頁〔松尾健一〕参照。

ブは、株主側にある。

このような株式の系譜を辿れば、その1つは、昭和25年（1950年）改正法によって採用された償還株式（「利益ヲ以テスル株式ノ消却」が当初から予定されている株式、同年改正後商222 I 参照）のうち、償還することの選択権を株主が有するとして設計された内容のもの（義務的償還株式）、また、平成13年（2001年）法律第79号改正法により、自己株式取得規制緩和の一環として設けられた、会社による買受けが予定された株式（同年（法79）改正後商222 I）のうち、買受けの選択権が株主側にあるものとして設計された内容のもの（義務的買受株式）に連なる。これらは、会社法制定前においては、平成14年（2002年）改正後商法222条1項3号4号に整序された種類株式に含まれるものに相当した。買受けまたは償還に際し、株主に交付される対価は金銭であった。

このような株式の2つ目の系譜は、平成13年（2001年）法律第128号改正前まで転換株式、この改正以降は、転換予約権付株式と称された株式に連なる。転換株式から転換予約権付株式へと名称が変更されたのは、後に述べるように（本章11-2-5 参照）、この改正で強制転換条項付株式が導入されたことにもない、単に転換株式と呼んでいたものを、株主側に転換権行使の選択権があることを明確にするために転換予約権付株式と改められたにすぎない⁽¹⁹²⁾。転換予約権付株式とは、ある種類の株式から他の種類の株式への転換権が株主に与えられた株式をいう。転換予約権付株式は、昭和13年（1938年）改正法により、資本増加の場合に限って認められ（同年改正後商359）、その後、昭和25年（1950年）改正法によって会社の設立の場合にも認められるに至った（同年改正後商222ノ2 I）。たとえば、非参加的優先株式の株主に普通株式への転換予約権を与えれば、その株主は、会社の収益が比較的少ない間は優先株主として安定した配当を受けるとともに、収益が好転すると普通株式に転換して、より多くの配当を受け取ることができる。このような確実性と妙味を合わせもつ

(192) 酒巻＝龍田編・同前85頁〔松尾健一〕。

株式によって、会社の資金調達が容易になる⁽¹⁹³⁾。このような転換予約権付株式は、ある種類株式を、別の種類株式を対価として、会社が取得するよう請求する権利を株主に与えた株式と観ることができた。

取得請求権付株式は、以上の義務的償還株式、義務的買受株式および転換予約権付株式を統合し、会社による取得の対価を金銭に限らず、多様な財産として再構成した株式制度である。上に述べた従来からの利用方法の他に、現在では、ベンチャー・キャピタル（venture capital、成長意欲の高いベンチャー企業への投資などによって、その発足や成長を促すための資金を提供する専門投資金融機関）に対してベンチャー企業が発行する配当優先株式に、普通株式を対価とする取得請求権が付されることが多い⁽¹⁹⁴⁾。

取得請求権付株式を発行するには、定款で、全発行株式を取得請求権付株式とする場合（本章10-3）と同様の定め（会107Ⅱ②）をなすことに加え、当該種類の株式1株と引換えに当該会社の他の株式を交付するときは、当該他の株式の種類および種類ごとの数またはその算定方法を定めなければならない（会108Ⅱ⑤）。会社が取得請求権付株式を取得する際、対価として当該会社の他の株式を交付する場合には、種類ごとの数またはその算定方法の内容について、その要綱だけを定款で定め、この種類株式を初めて発行する時まで、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議によって具体的な数・算定方法を定める旨を定款で定めることができる（会108Ⅲ、会施規20Ⅰ⑤）。当該他の種類株式の市場価格が変動したり、当該他の種類株式と同種の株式につき募集株式の発行がされて株価が変動した場合に、機動的に対応し、また、請求株主に不利にならないようにするためである⁽¹⁹⁵⁾。

(193) 北澤・注（1）前掲176頁。

(194) 酒巻＝龍田編・注（111）前掲86頁〔松尾健一〕。

(195) 青竹・注（62）前掲90頁。

11-2-5. 取得条項付株式

会社は、当該種類の株式について、会社が一定の事由が生じたことを条件としてこれを取得することができる株式（取得条項付株式）を発行することができる（会108 I ⑥）。すでに述べたように（本章10-4）、その会社の全発行株式を均一に取得条項付株式とすることもできるが（会107 I ③）、この株式は、種類株式としての発行も認められるのである。取得条項付株式にあっては、取得のイニシアチブは、会社側にある。

このような株式の系譜を辿れば、その1つは、平成14年（2002年）改正後商法222条1項3号4号に整序された強制買受株式および強制償還株式に連なる。すなわち、会社による買受けまたは利益による消却が予定されている株式のうち、買受けまたは消却の時期の選択権が会社側にあるものとして設計された株式である。各々の沿革は、取得請求権付株式の冒頭で触れたとおりである。

（本章11-2-4）。買受けまたは償還に際し、株主に交付される対価は金銭であった。

このような株式の2つ目の系譜は、平成13年（2001年）法律第128号改正法によって採用された強制転換条項付株式に連なる。強制転換条項付株式とは、定款に定めた事由が生じたときは、ある種類の株式の全部または一部を、株主の意思如何に関わらず、会社が他の種類の株式に転換できる株式である（同年改正後商222ノ8前段）。このような強制転換条項付株式は、ある種類株式を、別の種類株式を対価として、会社が株主から取得することができるものと観ることができた。

取得条項付株式は、以上の強制買受株式、強制償還株式および強制転換条項付株式を統合し、会社による取得の対価を金銭に限らず、多様な財産として再構成した株式制度である。たとえば、優先株式を発行した会社が長期に亙る優先配当の負担を免れるために、当該株式を普通株式に転換するための利用、種類株主の拒否権が行使され会社運営が暗礁に乗り上げた場合に、拒否権のない株式を対価として、拒否権付株式（本章11-2-7参照）を転換することで打

開を図るための利用などが考えられる。

取得条項付株式を発行するには、定款で、全発行株式を取得条項付株式とする場合（本章10－4）と同様の定め（会107Ⅱ③）をなすことに加え、当該種類の株式1株を取得すると引換えに当該会社の他の株式を交付するときは、当該他の株式の種類および種類ごとの数またはその算定方法を定めなければならない（会108Ⅱ⑥）。会社が取得条項付株式を取得する際、対価として当該会社の他の株式を交付する場合には、種類ごとの数またはその算定方法の内容について、その要綱だけを定款で定め、この種類株式を初めて発行する時までに、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議によって具体的な数・算定方法を定める旨を定款で定めることができる（会108Ⅲ，会施規20Ⅰ⑥）。

11－2－6．全部取得条項付種類株式

全部取得条項付種類株式とは、会社が、株主総会特別決議によって、当該種類の株式の全部を取得することができる株式をいう（会108Ⅰ⑦，171Ⅰ，309Ⅱ③）。取得条項付株式が、一定の事由が生じたことを条件に会社がこれを取得するのに対し、全部取得条項付種類株式は、株主総会の特別決議によって会社がこれを取得する。

全部取得条項付種類株式は、会社法の制定時に導入された種類株式である。会社法制定前にあつては、会社が債務超過の場合に、会社の発行済株式の全部を消却して既存株主の持株を0にする、いわゆる100%減資は、同時に新株発行がなされるのであれば行うことができるとされていた（昭和56年（1976年）6月5日付民事4発第3466号民事局第4課長回答）。すなわち、いわゆる100%減資の実質は、総株主の交替による会社再建を企図するものであった（既存株主を株式の無償消却によって総退社させ新たな出資者を募って再出発するもの）。しかし、100%減資を再生手続または更生手続外で行う場合には、株主全

員の同意を要するものと解されていた⁽¹⁹⁶⁾。これでは迅速性に欠けるとして、経済界からは、速^{すみやか}な会社再建を図ることができるようにするため、債務超過の場合に、株主の多数決によって100%減資を可能にしたいとの要望が強かった。そこで、この要望を勘案のうえ立法作業を進めたところ、その過程で、債務超過の判定の方法をはじめとする異論が生じたことから、結局、全部取得条項付種類株式という立法に落ち着いたようである⁽¹⁹⁷⁾。上述のように、この種類株式は、元来は、法的倒産処理手続によらず、株主の多数決により会社の発行済株式の全部を消却して、新たな出資者が株主となって再建に当たることを可能にすることを念頭に検討されたものであったが、債務超過を要件から外す等の変更が加えられたため、制度が複雑になると同時に、株式の有償取得も可能となったことにより、株式取得による企業買収後に残存する少数株主の締出しの手段として用いるなど、既発行株式の内容を変更するための制度としての用途が広まったのである⁽¹⁹⁸⁾。したがって、たとえば、この種類株式を利用することにより、既発行の普通の株式を取得条項付株式等に一斉に変更させるなどして、株主の議決権の影響力を喪失させることができ、企業買収に対する防衛策として利用することができるようになったとも言われている⁽¹⁹⁹⁾。

全部取得条項付種類株式を発行するには、定款で、当該種類株式を取得する取得対価の価額の決定方法、取得に関する株主総会決議をすることができるか否かについての条件を定めるときは、その条件を定めなければならない(会108Ⅱ⑦)。

取得の総会決議に関しては、会社法171条に従う。すなわち、同条3項に基づき、取締役が、全部取得条項付種類株式の全部を取得することを必要とする

(196) 稲葉威雄＝寛康生＝宇佐美隆男＝永井紀昭＝柳田幸三＝吉成修一編『実務相談株式会社法（新訂版）第5巻』（商事法務研究会・1992年）125頁〔亀田哲〕参照。

(197) 前田・注（42）前掲106－107頁参照、酒巻＝龍田編・注（111）前掲91頁〔松尾健一〕参照。

(198) 江頭・注（22）前掲151－152頁。

(199) 前田・注（42）前掲107頁、その他の利用方法もここに例示されている。

理由を説明し、同条1項1号に定める取得対価の内容・数額等またはその算定方法、同条同項2号により株主に対する取得対価の割当てに関する事項、同条同項3号の取得日（会社が当該全部取得条項付種類株式を取得する日）、を特別決議により（会309Ⅱ③）決定しなければならない。同条同項1号が認める取得の対価は、他の種類の株式、社債、新株予約権、新株予約権付社債またはその他の財産である。先に述べた導入の契機となった本来の趣旨と異なり、有償取得が原則となったことが理解できよう。

この種類株式について定款に定めるべき事項のうち、取得に関する株主総会決議をすることができるか否かの条件については、その要綱だけを定款で定め、この種類株式を初めて発行する時までに、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議によってその細目を定める旨を定款で定めることができる（会108Ⅲ、会施規20Ⅰ⑦）。

11-2-7. 拒否権付株式

会社は、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）において決議すべき事項のうち、当該決議のほか、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議があることを必要とする株式を発行することができる（会108Ⅰ⑧）。すなわち、株主総会・取締役会・清算人会の決議事項に関する拒否権の有無または拒否権の内容の差異をもって、異なる種類の株式とすることができるのである。

このような株式の系譜は比較的浅く、平成13年（2001年）法律第128号改正後の商法222条7項に「会社ガ数種ノ株式ヲ発行スル場合ニ於テハ定款ヲ以テ法令又ハ定款ノ定ニ依リ株主総会又ハ取締役会ニ於テ決議スベキ事項ノ全部又ハ一部ニ付其ノ決議ノ外或種類ノ株主ノ総会ノ決議ヲ要スルモノヲ定ムルコトヲ得」との規定が追加された時に遡ることができるにすぎない。この規定は、

平成17年（2005年）改正前には、商法222条9項に置かれていた。この規定の表現から窺えるように、会社は、定款をもって、法定事項以外に、種類株主総会決議事項を定めることができたとされていたので、この時の当該種類株主の拒否権は、種類株式が発行された場合にその株式に付加できる属性にすぎず、株式の種類を構成するものではなかった⁽²⁰⁰⁾。しかし、会社法の下では、拒否権条項を付した株式自体が独立した種類株式として認められたのである。

拒否権付株式は、合併会社やベンチャー企業などで利用されることが多からう。たとえば、ベンチャー企業において、ベンチャー・キャピタルが、多数派株主たる創業者グループ（group）の恣意的な企業運営を防止するため、重要事項について拒否権を発動できるよう設計された種類株式を保有するといった利用方法が考えられる。

拒否権付株式を発行するには、定款で、当該種類株主総会の決議があることを必要とする事項、当該種類株主総会の決議事項を必要とする条件を定めるときはその条件を定めなければならない（会108Ⅱ⑧）。上記のうち、種類株主の承認決議を必要とする条件を定める場合の条件については、その要綱だけを定款で定め、この種類株式を初めて発行する時まで、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議によって、その細目を定める旨を定款で定めることができる（会108Ⅲ、会施規20Ⅰ⑧）。

種類株主総会の承認を要するものとした決議事項は、たとえ株主総会・取締役会・清算人会において決議が成立したとしても、当該種類株主の株主総会における承認決議が得られない限り、その効力を生じない（会323本文）。ただし、その種類株主総会において議決権を行使できる種類株主がいなければ、承認決議がなくても効力が生じる（会323ただし書）。決議要件は、会社法324条1項の定めるところによる。

定款上必要とされる種類株主総会の決議を欠くにもかかわらず、会社代表機

(200) 江頭・注(22)前掲154頁参照。

関が行った対外的な取引行為は、原則として無効であるが、代表権の内部的制限の対抗不能（会349V）によって、善意の第三者に対抗できない⁽²⁰¹⁾。

会社法108条1項8号の文言上、この種類株式の種類株主総会において決議の対象とできる事項は、特段に制限されておらず、実質上、会社におけるあらゆる決定事項が含まれる⁽²⁰²⁾。当該種類株式の発行数や払込金額にも何ら制限はない。このような種類株式が、敵対的買収の防衛策として利用可能なことから、これが「黄金株」と呼ばれることがある（たとえば、取締役の選任決議には株主総会の普通決議に加え、このような種類株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議を要する旨を定款で定め、経営者を支持する側にこのような種類株式を発行するといった手段が考えられる）。しかし、現経営者の支配権の維持・確保を目的に拒否権付株式を特定の者に割り当てる場合は、不公正発行（会210②）として募集株式発行の差止めの対象となると解される⁽²⁰³⁾。龍田節は、1株1円の出資でも会社全体の動きを止めることができるなど、この制度は、株式会社の在り方からすればきわめて異常な制度ではなかろうかと説き、「黄金株」などおこがましい名称であり、「ウイルス（virus）株」とでも呼ぶのが相応しいと述べている⁽²⁰⁴⁾。彼の面目躍如たる一流の諧謔^{かいぎやく}を含む表現である。

11-2-8. 取締役・監査役選任種類株式

この種類株式に限っては、委員会設置会社および公開会社は、これを発行することができない（会108I柱書ただし書）。

このような種類株式は、平成14年（2002年）改正法によって導入された。すなわち、同年改正後商法222条1項6号は、「其ノ種類ノ株主ノ総会（他ノ種類

(201) 同前155頁脚注（40）。

(202) 酒巻＝龍田編・注（111）前掲98頁〔松尾健一〕。

(203) 青竹・注（62）前掲93頁。

(204) 龍田・注（24）前掲288頁。

ノ株主ト共同シテ開催スルモノヲ含ム）ニ於ケル取締役又ハ監査役ノ選任」につき、種類株式の発行を認めたが、同条同項柱書ただし書は、「第六号ニ掲グル事項ニ付内容ノ異ル数種ノ株式ヲ発行スルニハ株式ノ譲渡ニ付取締役会ノ承認ヲ要スル旨ノ定款ノ定アルコトヲ要ス」と定め、株式譲渡制限会社に限って、この種類株式の発行を認めたのである。会社法に定められた取締役・監査役選任種類株式の系譜は、上述の種類株式に連なるものである。

委員会設置会社および公開会社以外の会社は、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会において取締役または監査役を選任することができるという種類株式を発行することができる（会108Ⅰ⑨）。

ベンチャー・キャピタルが取締役会に取締役を送り込み、また合併企業において各出資企業が出資割合や事業への関与の度合いに応じて取締役を選任できるようにする株主間契約を制度的に保障しようとするものである⁽²⁰⁵⁾。

委員会設置会社においてこのような種類株式を発行しえないのは、この会社にあつては、指名委員会が株主総会に提出する取締役の選解任議案の内容を決定する権限を有するからである（会404Ⅰ参照）。公開会社においてこのような種類株式を発行しえないのは、一部の株主で取締役を選任してしまうと、経営者支配のための濫用が生じる虞れがあるからである。

取締役・監査役選任種類株式を発行するには、定款で、当該種類株主を構成員とする種類株主総会において取締役または監査役を選任することおよび選任する取締役または監査役の数、選任できる取締役または監査役の全部または一部を他の種類株主と共同して選任するときは、当該他の種類株主の有する株式の種類および共同して選任する取締役または監査役の数、これらの事項を変更する条件があるときは、その条件およびその条件が成就した場合における変更後の上記事項、その他法務省令で定める事項を定めなければならない⁽²⁰⁶⁾（会108Ⅱ⑨）。これを受けて、会社法施行規則19条が、社外取締役または社外監査

(205) 前田・注(42)前掲111頁、その利用例については、これに詳しく記述されている。

(206) その定め方の具体例は、同前113 - 114頁に分かり易く記述されている。

役を選任する場合の必要事項を定めている。定款で定めるべき上記の事項のうち、これらの事項を変更する条件があるときの細目については、その要綱だけを定款で定め、この種類株式を初めて発行するときまでに、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会または取締役会、清算人会設置会社にあつては株主総会または清算人会）の決議によって、これを定める旨を定款で定めることができる（会108Ⅲ，会施規20Ⅰ⑨）。

第2帖 「商」への参入

第1章 企業形態の選択

1. 緒言

2. 各種の企業形態

2-1. 個人企業

2-2. 共同企業

2-2-1. 商事組合（民法典上の組合の利用）

2-2-1-1. 意義

2-2-1-2. 組合の業務執行およびその人的組織

2-2-1-3. 組合財産の独立性と組合員の責任

2-2-1-4. 損益の分配

2-2-1-5. 組合員の変動と組合の同一性

2-2-1-6. 企業形態としての商事組合

2-2-2. 有限責任事業組合（LLP）

2-2-2-1. 導入の経緯

2-2-2-2. 有限責任事業組合の特徴

2-2-2-3. 組合員の有限責任

2-2-2-4. 債権者保護

2-2-2-5. 組合の業務執行

2-2-2-6. 損益の分配

2-2-2-7. 有限責任事業組合の活用

2-2-3. 匿名組合

2-2-3-1. 共同企業としての匿名組合

2-2-3-2. 匿名組合の意義

2-2-3-3. 匿名組合員の義務

2-2-3-4. 匿名組合員の権利

2-2-3-5. 利益（損失）の分配

2-2-3-6. 匿名組合契約の終了

2-2-3-7. 匿名組合の利用

2-2-4. 会社

第2章 企業の立上げ—総論

1. 緒言

2. 営業の選択

2-1. 営業の意義

2-2. 営業の自由とその制限

- 2-2-1. 営業の自由
- 2-2-2. 営業をなす事自体の自由の制限
 - 2-2-2-1. 公法上の制限
 - 2-2-2-2. 私法上の制限
- 2-2-3. 営業の遂行方法の自由の制限
 - 2-2-3-1. 不正競争の防止
 - 2-2-3-2. 営業における公正かつ自由な競争の確保
- 3. 商人資格の取得時期（自然人を中心に）
 - 3-1. 緒言
 - 3-2. 営業意思表白説
 - 3-3. 営業意思主観的実現説
 - 3-4. 営業意思客観的認識可能説
 - 3-5. 段階的決定説
 - 3-6. 小括
 - 3-7. 法人の場合

第2帖 「商」への参入

第1章 企業形態の選択

1. 緒言

現在の私法は、我々が企業生活関係に参入するにあたり、私企業に適した多様な企業形態を用意している。現行法が用意した企業形態は、それぞれに現実の社会の需要に対応した特性を備えたものとして構成されているのである。最初に銘肝すべきは、各種の企業形態に関する法規整は、理念的な企業形態を念頭に置き、これに適した内容を盛り込んでいるという点である⁽¹⁾。

企業社会に参入する前提として、法が用意したいかなる企業形態を選択するかは、原則として、企業者たることを欲する者の自由に委ねられる。ただし、銀行業（銀4の2）、信託業（信託業3以下）、保険業（保険業5の2）など、

(1) 青竹正一「企業の形態と規模」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座第2巻』（東京大学出版会・1985年）11頁参照。

特定の営業については、法が指定する企業形態に依らなければならない。上のような法の指定がない限り、企業活動の内容すなわち企業の目的と企業形態との間に必然的関連は存在しないので、どのような目的の企業についても、任意の企業形態を選択することができる⁽²⁾。

企業形態選択の自由には、当然に会社設立の自由が含まれる。わが会社法は、明治32年（1899年）の現行商法制定以来、会社の設立につき、準則主義を採用している⁽³⁾。準則主義とは、会社の成立のため必要とされる要件を法律上定め、その要件を充足する手続が履践されたならば、当然に会社の成立を認めて法人格を付与するという制度である。会社形態を選択した場合には、法に定めのない、これを逸脱する会社形態を採用することは許されない。

会社形態以外の企業形態を選択する場合には、創意工夫によって、民商法または特別法に定めのない形態の企業を創作することは許されると思われるが、公序良俗に反する形態は勿論、会社法の脱法行為と評価されるような形態を選択することは許されないこと、言うまでもない。

2. 各種の企業形態

2-1. 個人企業

私企業は、個人企業と共同企業とに大別される。すでに述べたように（第1帖第4章1）、個人企業は、法的独立性を備えた最も単純で素朴な企業形態である。その特質も先に述べたとおりである。

2-2. 共同企業

複数の法的な人格者が共同してその資本と労力を1個の企業として結合する形

(2) 服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1983年）71頁。

(3) 明治23年（1890年）の旧商法は、設立免許主義を採用していた。旧商法159条は、「発起人ハ会社ヲ設立ス可キ地ノ地方長官ヲ經由シテ目論見書及ヒ仮定款ヲ主務省ニ差出し發起ノ認可ヲ請フコトヲ要ス」と定め、同166条柱書前段は、「創業總會ノ終リシ後発起人ハ地方長官ヲ經由シテ主務省ニ会社設立ノ免許ヲ請フ」と規定していた。

態である。個人企業が持つ短所を、程度の差こそあれ、克服するために発展したものである。

2-2-1. 商事組合（民法典上の組合の利用）

2-2-1-1. 意義

民法典上に典型契約の1種として規定された組合契約によって結合された団体を利用する企業形態である。

組合契約とは、民法667条1項に即していえば、「各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約する」合意である。この合意によって創設される共同事業のための団体を「組合」という。したがって、組合契約とは、組合という団体を創設する合意である。法律行為としては、契約というより、むしろ合同行為であると思われる。

上の合意された共同事業が商行為（基本的商行為・準商行為）を業とすることを目的として、組合として営利事業をなせば、その組合は「商事組合」と呼ばれ、そこにいわゆる契約的組合企業が成立することになる⁽⁴⁾。

民法学説史を^{ひもと}くれば、かつての一時期、社団との対比において組合の契約的側面の強調と団体的性質の軽視が助長された時代があったが、現今では、民法研究者の間でも再びその団体性が重視されるようになっている⁽⁵⁾。そして、今日にあっては、社会学的実体としても、民法典の規定の上からも、組合を社団法人と異質の団体と解することには無理があるとの考え方が有力になっているようである⁽⁶⁾。すなわち、今日の民法典の上で、社団と組合とを団体の類型として峻別する理由はもはや失われたというべきであり、起草者の意図や今日の法人法制の全体を考慮すれば、社団は単に人の団体のことであって組合と有意な差異はないと理解してよく、組合のうち一定の特色を備えたものを社団と呼

(4) 服部・注(2)前掲235頁。

(5) 鈴木祿彌編『新版注釈民法第17巻』（有斐閣・1993年）2頁〔福田俊雄〕。

(6) 内田貴『民法I（第4版）』（東京大学出版会・2008年）222-224頁参照。

ぶ、という理解が最も穏当だろうと説かれている⁽⁷⁾。数学の集合論に譬えれば、社團は組合の部分集合である⁽⁸⁾と位置づけられるとの理解であろう。今日の民法学説と平仄を合わせるならば、組合の団体的性格に軸足を置いて、その企業形態を分析しなければならない。

組合の団体的性格を重視してその法構造を眺めることは、持分会社わけでも合名・合資会社の理解に寄与するところが多い。

2-2-1-2. 組合の業務執行およびその人的組織

業務執行に関する組合の組織はきわめて単純である。組合員はすべて原則として業務執行権を有し、その業務執行は原則として組合員の過半数で決するが（民670Ⅰ）、これを特定の者に委任することも可能であり、業務執行者が数人あるときは、その過半数でこれを決する（民670Ⅱ，671）。ただし、組合の常務は、各組合員または各業務執行者が単独で行うことができるのが原則である（民670Ⅲ本文）。業務執行組合員の辞任・解任につき規定が用意されている（民672）。業務執行者を定めたときは、業務執行権のない組合員は、組合の業務および財産状況に関する検査権限を有するにすぎない（民673）。

組合は、法人として構成されず、権利義務の帰属点を欠くから、法律上その権利の主体とはなりえない。その結果、組合においてその団体性を考慮すると、組合の対外活動の法的表現形式として、代理の観念を持ち込まざるをえない⁽⁹⁾。組合の代理・代表権者に関する規定は存在しないが、対内的業務執行権を有する者が、対外的業務に関しても代理権を有すると解されている⁽¹⁰⁾。組合に法人格が無いので、代理権の授与は、理論上は全組合員によってなされると構成されようが、通常は、組合契約に基づき、組合契約自体のうちに代理権授

(7) 同前224頁。

(8) 同前219頁。

(9) 鈴木編・注（5）前掲101頁〔森泉章〕。

(10) 内田貴『民法Ⅱ（第2版）』（東京大学出版会・2007年）292頁。

与行為が包含されているものと解される⁽¹¹⁾。業務執行者を選任した場合には、組合契約の内容として、組合員の一致をもって代理権が授与されたと捉えられることが多からう。組合代理といっても、厳格に言えば、各組合員との代理関係なのであるから、組合の代理人は、全組合員の名において取引するのが本則であるが、その煩雑さを避けるため、組合名においてなされるのが実情であり⁽¹²⁾、判例も、組合名と肩書き（理事長など）を付した代表者名の表示を認めている（最判昭和36年（1961年）7月31日民集15巻7号1982頁）。

判例は、業務執行行為が組合の事業目的を超えない限り、組合規約で業務執行者の権限を制限しても、善意無過失の第三者には対抗できないとして、取引の相手方を保護している（最判昭和38年（1963年）5月31日民集17巻4号600頁）。最高裁が、一般法人法77条5項（平成18年（2006年）改正前民54の後継規定）を類推適用しなかったのは、おそらく、組合の業務執行のうち常務は各組合員が専行し、常務以外の事項は組合員の過半数で決しなければならないとの規定の下（民670Ⅰ・Ⅲ）、組合員の1人が常務以外の事項につき専断的に第三者と取引をした場合には、権限^{ゆうえつ}濫越行為として民法110条類推適用によって相手方を保護するのが適当であるという解決策との均衡を考慮したのであろう（この場合、専断行為をした組合員に対しては、そもそも業務執行委任がされていないのであるから、一般法人法77条5項の類推は当初から問題とならない）。業務執行者への業務執行の委任の許容を前提としつつ、業務執行者とそうでない組合員とを区別する公示方法を欠くからには、上の場合においても民法110条寄りの解決方法に依るのもやむを得ないとすべきであろうか。

2-2-1-3. 組合財産の独立性と組合員の責任

組合には、組合員が出資した財産や事業の過程で取得した財産をもって構成される組合財産がある。民法668条は、「各組合員の出資その他の組合財産は、

(11) 鈴木編・注（5）前掲103頁〔森泉章〕。

(12) 同前102頁。

総組合員の共有に属する。」と規定している。民法は「共有」という単語を用いているが、各組合員は縦に持分の処分ができず（民676Ⅰ）、清算前に組合財産の分割請求を許されないのであるから（民676Ⅱ）、正確には「合有」（合手的共有）に当たる。持分の処分が許されない結果、組合員個人の債権者は、当該組合員の組合財産上の持分を差し押さえることができず、その限りで、組合財産は構成員の財産から独立している⁽¹³⁾。

組合の債権債務は、各組合員の分割債権または分割債務とならない（組合債権につき、民677参照）。すなわち、組合の債権債務は、1つの団体の債権債務として独立性を持つと観念される。これもまた組合財産の独立性のひとつの表われである。

組合員は、組合債務につき無限責任を負う。組合の運営の主体である組合員が、組合の活動にともなう債務につき人的責任ないし無限責任を負うのは、第1に、自己責任の原理、ないし自己の財産を運用して利益を受ける者は損失をも負担すべしとの原理からいって（組合の業務執行権限は、本来組合員固有の権利であり、業務執行者は組合員の受任者ないし代理人にすぎず、組合自体の受任者・代理人ではない）、当然の理である。第2に、民法典の下では、組合財産の独立性は不完全であり、組合員が同意すれば、たとえ債務超過の状態にあっても、いつでもこれを処分しうるし、業務執行者は、組合の財産状態の如何にかかわりなく、組合の収益を組合員に利益配当することができる。また、組合員は、脱退に際して持分の払戻しを受ける権利を有する⁽¹⁴⁾。以上のように、民法典は、組合債務の責任財産としての、ひいては信用の基礎としての組合財産を維持するための規整を欠いている。加えて、組合には破産能力がなく、また清算においてまず組合債務の弁済をすることも強要されない（一般法人233～238相当規定がなく、またこれらの準用もない）ことも、組合員の無限責任

(13) 内田・注(10) 前掲291頁。

(14) 鈴木編・注(5) 前掲130頁〔品川孝次〕参照。

と表裏をなすものである⁽¹⁵⁾。

組合債務の組合員個人の責任は、組合員相互間においては、原則として分割責任である。その割合は、民法674条所定の損失分担の割合によるが、債権発生の際に組合債権者がこの割合を知らなかったときは、組合債権者は各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができる（民675）。ただし、判例は、組合債務が商行為から生じたものである場合には、組合員の責任は連帯債務になると判示しており（大判明治32年（1899年）11月16日民録5巻10輯69頁）、この判例の立場を前提とすれば、商事組合における組合員の責任は、合名会社の社員の責任に接近する結果になると解されよう。しかし、組合員の責任は、組合債務との関係においては、合名会社の社員の責任（会580Ⅰ②）と異なり、補充的・第2次的なものではなく、組合債権者は、直ちに組合員の個人財産に対して執行をすることも許される。ところが、この点に関しても、下級審裁判例であるが、商行為を目的とする組合であって、やや高度の団体性を持つものについては、人的会社に準じて、平成17年（2005年）改正前商法80条（現行の会580Ⅰに相当する規定）を適用するのが妥当であり、各組合員は補充的・連帯責任を負うべきである、としたものがある（東京地判昭和29年（1954年）12月25日判タ47号60頁）。

組合員の責任は、もともと組合債務について生じたものであり、実質的に担保的なものであることは否めないので、組合員の責任は、持分会社の社員の責任と同様に、組合債務に関する関係で附従性を持つ。したがって、会社法581条を類推適用して、組合員は、組合債務につき組合の有する抗弁権を援用することができ、また、組合が組合債権者に対して相殺権・取消権・解除権を有する場合には、これを援用して履行を拒むことができると解してよいとする有力な民法学説がある⁽¹⁶⁾。

(15) 同前参照。

(16) 同前135頁参照。

2-2-1-4. 損益の分配

営利を目的とする組合では、利益が分配されるが、営利目的でなくとも、損失が生じればその分担が問題となる⁽¹⁷⁾。組合員の損益分配の割合は、当事者が特段の定めをしなかったときは、各組合員の出資の価額に応じて定められ（民674Ⅰ）、利益または損失のいずれか一方についてのみ分配の割合を定めたときは、その割合は、利益および損失に共通であるものと推定される（民674Ⅱ）。

2-2-1-5. 組合員の変動と組合の同一性

組合を純粹の契約関係と観るときは、組合員の交替は契約当事者の変更であって、それは必然的に組合の同一性の喪失という結果を生じる。これを徹底すれば、当事者が組合員の変更を欲するときには、常にまず組合を解散し、脱退の場合には、残存組合員の残余財産払戻請求権を出資して新たに組合契約を締結し、加入の場合には、各組合員の残余財産払戻請求権と新加入者の出資とを加えて新たに組合契約を締結すべきであることになる⁽¹⁸⁾。しかし、この方法によれば、組合債務や組合債権について、常に債務引受けや債権譲渡の手続を要するなど、複雑な関係を生じ、これは必ずしも当事者の意思に適用ものではない。

わが民法は、上述の不便さに鑑み、一定の場合に組合員の脱退を認める規定を置いた。任意脱退（民678）、非任意脱退（民679）、除名（民680）の場合につき、各々規定が置かれている。脱退・除名組合員の持分の清算についても、業務の支障が出ないように配慮した規定が置かれている（民681）。脱退当時の組合財産が債務超過であれば、払込みを求められることになる。なお、持分会社の社員の債権者に認められる会社法609条1項の権利を、組合員の債権者にも認めるべきであるとする民法学説がある⁽¹⁹⁾。

(17) 内田・注(10)前掲292頁。

(18) 鈴木編・注(5)前掲152頁〔菅原菊志〕。

(19) 内田・注(10)前掲293頁。

わが民法は、組合がその同一性を保ったまま、新たな組合員が当該組合員の資格を得てこれに加入できる旨の規定を置いていない。しかし、組合を単純な契約関係と観ず、組合の団体性を重視して、組合員の脱退を認める以上、加入もまた当然認めるべきであるというのが民法上の通説である⁽²⁰⁾（大判明治43年（1910年）12月23日民録16輯982頁）。加入は、加入しようとする者と組合員全員との加入契約によってなされるが、民法研究者は、既存組合員相互の組合契約に基づき、加入に関して相当に柔軟な内部自治を認めるようである⁽²¹⁾。民法の通説は、加入前に生じた組合債務についても、加入組合員の取得した合有持分（新組合員は、当然に組合財産の合有者の1人となり、組合財産は新加入者を加えた全組合員の合有となる。加入者の出資によって組合財産自体が増加することはあるが、既存組合員の合有持分は脱退の場合と逆にそれだけ減少する）は当然にその引当てとなると解している⁽²²⁾。しかし、新加入者は、加入前に生じた組合債務については、個人財産をもって責任を負うものではなく、このような責任は、加入後に生じた組合債務についてだけ負担する⁽²³⁾。この点、会社法605条に規定する新たに加入する持分会社社員の責任と異なる。

わが民法は、組合員たる地位の譲渡による組合員の交替についても規定を欠く。民法の通説は、組合員たる地位の譲渡による組合員の交替は、実質的には譲渡人が脱退し譲受人が加入することと同じであり、脱退と加入が認められる以上、組合員たる地位の譲渡による組合員の交替も可能であると解して妨げないと説く⁽²⁴⁾。そして、組合員たる地位の譲渡に必要な他の組合員の同意に関しても、必ずしも常に譲受人を特定して他の組合員全員が同意することを必要とする意味ではなく、組合契約で概括的に譲渡の可能性を認めることも可能であ

(20) 鈴木編・注（5）前掲153頁〔菅原菊志〕。

(21) 同前155－156頁参照。

(22) 同前157頁。

(23) 同前158頁。

(24) 同前153頁。

と解すべきであるとする考え方もあり⁽²⁵⁾、内部関係に大幅な自治を許している。とはいえ、組合員の交替は他の組合員の利害に影響するところ大であり、脱退が他の組合員全員に対する意思表示によって行われるものであることに鑑み、組合員の地位の譲渡は、当事者間の譲渡契約によって効力を生じるが、組合契約で概括的に譲渡の可能性を認めている場合であっても、当該譲渡と譲受人の氏名・名称とを組合に通知しなければ、譲渡をもって他の組合員に対抗できない⁽²⁶⁾。また、譲渡人において既に具体化した権利義務は、特に債務引受けや債権譲渡が行われない限り、譲受人に移転しない。

2-2-1-6. 企業形態としての商事組合

以上、理念型としての民法の組合契約を利用した商事組合を概観してみれば、企業形態として極端に使い勝手が悪いというものではないと評価できよう。しかも、民法上の組合契約に関する規定は任意規定を中心に構成されているから、規模が大きく、組合員の個性を相当に希釈化した組合を形成することも可能である。しかし、組合員相互に高度の人的信頼関係がある場合に利用されるのが通常であろう。

商事組合の企業形態としての長所については、①一時的な企業を当座組合として経営するのに適している、②組合契約は不要式契約であるから、企業の開始または設立につき、定款作成や設立登記などの手続を^レ践む必要がない、③財産出資のみならず、労務および信用の出資も可能とされているので(民667Ⅱ)、出資をする組合員としては好都合である、④組合の内部組織については契約によって自由に定めることができ、強行規定による制約が少ない、などを挙げることができる⁽²⁷⁾。ただし、③は合名・合資会社にも、④は持分会社一般にも該当する。

(25) 同前160頁。

(26) 同前。

(27) 服部・注(2) 前掲235頁脚注参照。

純理論上、組合は法人ではないから権利主体ではなく、したがって組合が団体として企業を経営し、企業活動を行っていても、組合自体は法律上商人たることをえない⁽²⁸⁾。すなわち、組合自体に商人適格はないことになる。それゆえ、組合企業において商人たる者は、組合において結合している組合員そのものということになる。おそらく、この見解に従えば、商事組合は、商人たる各組合員の共同企業ということになるのであろう。以上に対し、服部栄三は、団体性を重視する民法学説に平仄を合わせるかのごとく、法社会的な見地をも加味して、組合企業自体を商人と観るべきであるとの主張を展開している⁽²⁹⁾。商事組合の名において行われた法律関係につき、上に概観したように、判例も商行為から生じた債務の組合員の責任を連帯債務とするなど、商事組合に関して商法的解決方法を採用することに躊躇^{ちゅうちよ}しておらず、組合企業に商法を適用することがむしろ相応しいのであるから、必ずしも商人資格を自然人・法人に限る必要はないと解すべきであり、組合企業に商人資格を認めるべきであらう。そうであるとすれば、権利能力なき社団にも商人資格が認められるべき場合があるというべきである。

2-2-2. 有限責任事業組合（LLP）

2-2-2-1. 導入の経緯

「有限責任事業組合契約に関する法律（平成17年（2005年）法律第40号）」に基づいて成立を許される組合である。同法は、わが私法体系上、民法典上の組合の特別法と位置づけられる。

わが国の合同会社が、会社法上の会社の1種として、アメリカのLLCを参考に設けられたことはすでに述べた（第1帖第4章8）。元来、LLCをわが国に移植しようとした主たる目的は、二重課税の排除にあった。株式会社については、法人としての会社が利益をあげると法人税が課され、さらに株主が剰余

(28) 同前235-236頁。

(29) 同前236頁。

金配当を受けると所得税が課されるという構造になっている。当初、LLCは、この二重課税を排除する目論見で、企業者を中心に導入が要望されていたのである⁽³⁰⁾。1例を挙げると、平成11年（1999年）5月18日に「わが国産業の競争力強化に向けた第1次提言—供給構造改革・雇用対策・土地流動化対策を中心に—」と題する提言が、社団法人日本経済団体連合会（経団連）によって公表されているが、この中に「複数の企業が共同して、リスクの高い新規事業に進出するため、あるいは事業の再構築を進めるための手段として、アメリカ各州法における LLC（リミテッド・ライアビリティ・カンパニー）、LLP（リミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ）と類似の、全ての出資者の有限責任と、税制上の導管としての仕組み（事業体の段階では所得課税を行わず、その損益を出資者の損益と通算）を備えた事業形態を、速やかに創設すべきである。」との提言が盛り込まれている。加えて、上の提言においては、「有限責任事業組合法（仮称）創設の提案」として細目12項目、「有限責任事業組合法（仮称）創設に係る税制措置の提案」として細目2項目を列挙していたのであった。

しかし、合同会社の新設にあたり、会社法は税金の問題にまったく触れなかった。一方、わが国税庁は、法人格を有する事業体に対しては法人課税を行うという原則で課税関係を取り扱っているようであり、合同会社もまた法人課税の対象となっている。こと経済界が期待した税制上の目論見に関する限り、現時点においては、合同会社についてはこれが外れた結果となっている。

結果的に肩透かしを喫した経済界は、その強い要望を経済産業省に向け、結果、同省主導のうちにアメリカを始めとする各国の LLP（Limited Liability Partnership）を参考に、有限責任事業組合契約に関する法律が成立することになったのである。すなわち、内部の意思決定や損益分配等につき柔軟な対応が可能な民法上の組合を基礎としながら、出資者全員が有限責任の利益を享受し、かつ組合自体は課税対象とならず構成員が課税されるという特徴を備えた組合制

(30) 前田庸『会社法入門（第11版補訂版）』（有斐閣・2008年）12頁参照。

度が創設された⁽³¹⁾。この法律の制定により、二重課税回避の目的は、有限責任事業組合制度によって実現されたのである。

2-2-2-2. 有限責任事業組合の特徴

有限責任事業組合契約に関する法律（以下、有限組合法と表記）2条および3条1項によれば、有限責任事業組合とは、個人または法人が出資して、それぞれの出資の価額を責任の限度として共同で営利を目的とする事業を営むことを約し、各当事者がそれぞれの出資に係る払込みまたは給付の全部を履行することによって効力を生じる契約（有限責任事業組合契約）によって成立する組合をいう。同法1条は、目的規定として、「この法律は、共同で営利を目的とする事業を営むための組合契約であって、組合員の責任の限度を出資の価額とするものに関する制度を確立することにより、個人又は法人が共同して行う事業の健全な発展を図り、もって我が国の経済活力の向上に資することを目的とする。」と謳っている。

会社の定義において社団を人の結合と解する商法研究者の立場からはもとより、社団と組合とを団体の類型として峻別しない今日の民法研究者の立場から評価しても、上記の有限責任事業組合の団体としての性格は、「営利社団」であると位置づけることができる。

目的とする事業は、基本的商行為・準商行為に限られていない。この点は会社と同様である（ただし、有限組合7に業務制限規定あり）。有限組合法には、会社法5条に相当する規定がなく、また同条を準用する規定もない。そうしたののは、有限責任事業組合に法人格が認められない結果であると思われる。しかし、有限責任事業組合は、営利社団として、法人に相当する高度の団体性を備えており、先に述べた服部栄三の主張に添えば（本章2-2-1-6参照）、これに商人資格を肯定することも可能であると考えられる。よって、組合員が組合を代理・代表して行う事業としてする行為および事業のためにする行為は

(31) 同前。

もとより、自己の名をもって組合のためにする同様の行為も商行為に該当するというべきである（会5の類推適用）。

この組合の特徴は、以下の3点に集約される。すなわち、①出資者全員の有限責任、②柔軟な意思決定や損益配分、③構成員課税、である⁽³²⁾。本稿では、①および②を中心に概観する（①につき、主として本章2-2-2-3、2-2-2-4参照。②につき、主として本章2-2-2-5、2-2-2-6参照）。

2-2-2-3. 組合員の有限責任

有限責任事業組合にあっては、出資者たる組合員は、その出資の価額を限度として、組合の債務を弁済する責任を負う（有限組合15）。ここに「出資の価額」とは、立法担当者によれば、実際に各組合員によって払い込まれた出資の金額（給付された現物の価額）を指すのではなく、これに組合の事業活動にともなう組合財産の増減を加味した、いわゆる出資持分金額を指す⁽³³⁾。「組合の債務」には、組合としての借入金債務、組合としての取引に基づく買掛金債務、組合財産である建物から生じた工作物責任（民717）など、組合の事業活動によって生じる債務が広く含まれる⁽³⁴⁾。

全組合員の責任が有限責任となることにより、民法典上の組合（以下、民法組合と表記）に比べ、組合債権者の危険は当然に増大する。とくに民法組合と同程度の内部規律の自由を認めた場合に、全組合員の責任が限定される一方で、業務運営の透明性が確保されないとすれば、組合債権者の危険が高まるのは自明の理である⁽³⁵⁾。それゆえ、有限組合法では、合同会社の規定との balan

(32) 篠原倫太郎「有限責任事業組合契約に関する法律の概要」商事法務1735号（2005年）7項。

(33) 同前。

(34) 同前。

(35) 新川達也「有限責任事業組合制度（日本版LLP制度）の創設へ向けて」金融法務事情1731号（2005年）24頁参照。

ス（balance）を考慮しつつ、債権者保護規定を整備している。

2-2-2-4. 債権者保護

債権者保護のための法規整は、以下の4つに大別できる。すなわち、①予見可能性の確保のための措置、②組合財産の確保および開示のための規整、③事後的救済のための規整、④清算時における債権者保護措置、である⁽³⁶⁾。本稿では、以下において、上記①ないし③について概観する。

① 予見可能性の確保のための措置

（ア）有限組合法は、組合契約を要式契約とした。すなわち、絶対的記載・記録事項を含む組合契約書（書面または電磁的記録による）の作成を要求している（有限組合4）。これは、組合契約が全組合員の合意により有効に成立していること、および有限組合法に定める要件を満たしたものであることを担保するためである⁽³⁷⁾。組合契約書は、組合の主たる事務所に備え置き、組合債権者の閲覧・謄写等に応じられる（有限組合31 V・VI）。

（イ）組合は、営利を目的とする限りその業務内容を基本的商行為・準商行為に限られるものではないが、その性質上組合員の責任の限度を出資の価額とすることが適当でない業務として政令で定めるもの、および、組合の債権者に不当な損害を与える虞れがある業務として政令で定めるもの、を組合の業務として行うことができない（有限組合7 I）。これを受けて、有限責任事業組合契約に関する法律施行令（平成17年（2005年）政令第269号）1条および2条が制限対象事業を定めている。組合員がこれらの制限対象事業を組合のために行えば、無権代理行為となるが、有限組合法7条2項は、その行為の追認を禁じている。なお、組合の事業は、当然に組合契約書の絶対的記載・記録事項である（有限組合4 III

(36) 同前25頁参照。

(37) 篠原・注（32）前掲7頁。

①)。

(ウ) 組合には、その名称中に「有限責任事業組合」という文字を用いなければならない、逆に、この組合でないものについて、何人も、その名称中に有限責任事業組合という文字を用いてはならない（有限組合 9 I・II）。なお、有限組合法 9 条 3 項は、この組合の名称に会社法 8 条を準用しており、組合名称に商号権に相当する保護を与えている。組合の名称もまた組合契約書の絶対的記載・記録事項である（有限組合 4 III②）。

(エ) 組合員の氏名または名称を明らかにすることは、組合契約の前提であり、法人格のない組合では、各組合員が組合財産の所有主体や取引の主体となることから、組合員の住所もまた明らかにする必要がある⁽³⁸⁾。これらは、組合契約書の絶対的記載・記録事項である（有限組合 4 III④）。有限組合法 3 条 1 項において、組合員たる資格は「個人又は法人」に限られており、権利能力のない組合などは、組合員たることをえない。法人が組合員である場合には、当該法人は、当該組合員としての職務を行うべき者を選任し、その者の氏名および住所を他の組合員に通知しなければならない（有限組合 19 I）。さらに、居住者（国内に住所を有し、もしくは現在まで継続して 1 年以上居所を有する個人）または内国法人（国内に本店または主たる事務所を有する法人）のいずれか 1 以上が、必ず組合員でなければならない（有限組合 3 II）。先に述べたように（本章 2-2-2-2）、有限組合法の目的が「我が国の経済活力の向上に資する」ことにあるからである⁽³⁹⁾（有限組合 1）。

(オ) 組合契約は、各組合員による出資の履行が効力発生要件とされていることから（有限組合 3 I）、出資の履行がなされたか否かの判断の基準とするため、各組合員が履行すべき出資の目的およびその価額を組合契約書において確定させることとしている⁽⁴⁰⁾。これが、この事項を組合契

(38) 同前 8 頁。

(39) 同前参照。

(40) 同前。

約書の絶対的記載・記録事項とした由縁である（有限組合4Ⅲ⑦）。組合員の出資の目的は、「金銭その他の財産」に限られる（有限組合11）。組合員が債権を出資の目的とした場合において、当該債権の債務者が弁済期に弁済をしなかったときは、組合員がその担保責任を負う（有限組合16）。民法組合契約は、当事者の意思表示の合致によって効力を生じるが（民667）、有限組合法は、上に述べたように、出資の履行を契約の効力発生要件としている（有限組合3Ⅰ）。新たな組合員の加入の効力が発生するのもまた、出資の完了時とされている（有限組合24Ⅱ）。

（カ）有限責任事業組合では、事業年度ごとに財務諸表が作成され、組合の主たる事務所に備え置かれ、閲覧・謄写等に供されることから（有限組合31）、その基準となる組合の事業年度を組合契約書において確定させることとしている⁽⁴¹⁾。これもまた、契約書の絶対的記載・記録事項である（有限組合4Ⅲ⑧）。組合の事業年度の期間は、1年を超えることができない（有限組合4Ⅳ）。

（キ）有限責任事業組合では、組合員の有限責任制が法的に担保されるため、組合員の責任制限について組合と取引関係に入ってくる第三者の予見可能性を確保するために適切な公示制度が必要であると考えられる⁽⁴²⁾。それゆえ、有限組合法は、この組合契約に関する登記制度を整備した。わが国においては、企業に関する公示制度として、商業登記が広く利用されており、この制度は、商業登記法（昭和38年（1963年）法律第125号）の規整するところによるが、有限責任事業組合に関する登記は、これとは別に、有限組合法中に規定が設けられている。組合員は、組合契約の効力が生じたときは、2週間以内に、組合の主たる事務所の所在地において、有限組合法57条各号に掲げる事項を登記しなければならない。登記事項に変更を生じたときも、同様に2週間以内に変更の登

(41) 同前。

(42) 新川・注（35）前掲27頁脚注（7）参照。

記を要する(有限組合58)。有限組合法に基づく登記の効力については、同法8条が、商法9条および会社法908条と同旨の定めを設けている。

② 組合財産の確保および開示のための規整

(ア)すでに①で述べたように、有限組合法は、出資の履行を契約の効力発生要件とした(有限組合3 I)。設立時に、履行可能性のない価額を組合契約書に記載・記録させるなど、取引開始時に過大な資金を保有していると見せかけるようなことが起こらないようにするためである⁽⁴³⁾。金銭以外の財産による出資の評価についても、有限責任事業組合契約に関する法律施行規則(以下、有限組合法施行規則と表記)(平成17年(2005年)経済産業省令第74号)8条が、その公正を担保する規定を設けている。

(イ)民法組合は、組合員が同意すれば、組合財産をいつでも制限なく処分できる。これでは、組合財産が不当に流出し、組合財産を確保して組合債権者を保護することができない。そこで、有限組合法は、組合財産の分配につき一定の制限を設けるとともに、組合財産の分配によって組合財産が毀損された場合における組合員の責任を強化した⁽⁴⁴⁾。

第1に、有限組合法は、分配の日における純資産額の範囲内で経済産業省令で定める方法により算定される額(分配可能額)を超える組合財産の分配を禁じている(有限組合34 I)。上記分配可能額は、分配日における組合の純資産額から300万円または組合員の出資総額のいずれか少ないほうの金額を控除して算定される(有限組合施規37)。第2に、通常の手続で分配できる額は、上記分配可能額の範囲内で、分配の日における組合の剰余金に相当する額として経済産業省令で定める方法により算定した額(剰余金相当額)が原則となり、この額を超えて分配するには、総組合員の同意を要するものとして、分配実行に慎重さを求めている。

(43) 同前脚注(9)参照。

(44) 篠原・注(32)前掲9-10頁。

いる（有限組合34Ⅱ）。上記剰余金相当額は、分配日における純資産額から組員による出資総額を控除する方法で算定されるが、分配日前までに剰余金を上回る分配が行われていた場合には、出資総額から過去の超過配当額を控除する（有限組合施規38）。剰余金相当額を超えて分配を行う場合には、これを超えて分配された超過額等を、分配日から2週間以内に、組合契約書に記載しなければならない（有限組合施規39）。第2の規制が設けられたのは、たとえ分配可能額の範囲であっても、分配後の純資産額が組員の出資額を下回るような場合には、当該事業年度末において組合が債務超過に陥る危険性が高まり、将来的な違法分配に繋がりがねず組合債権者が害される虞れも高まるからである⁽⁴⁵⁾。それゆえ、剰余金相当額超過分配に総組員による慎重な判断を要求するとともに、組合債権者への情報開示にも配慮した手続を設けたのである。

上記規整に反する違法分配が行われると、組合財産が不当に流出し、組合債権者の利益が害される。そこで、有限組合法は、違法分配を受けた組員は、組合に対し連帯して分配額に相当する金銭を支払う義務を負うとともに（有限組合35Ⅰ）、違法分配額（組合に対する上記支払義務を履行した額を除く）につき、連帯して組合債権者への直接弁済責任を負うものとした（有限組合35Ⅱ）。

さらに、たとえ分配の日に分配可能額が存在しようとも、以後の事業活動によって組合資産の減少が見込まれる場合には、財産分配によって組合債権者が害される虞れがある。そこで、有限組合法は、組員が組合財産の分配を受けた場合において、当該事業年度末に欠損額が生じた場合には、各組員は、違法分配の場合と同様に、組合に対し連帯して当該欠損額に相当する額を支払う義務を負うものとした（有限組合36Ⅰ本文）。この欠損填補責任は過失責任であるが、過失がなかったことの挙証責任は組員側にある（有限組合36Ⅰただし書）。分配を受けた組

(45) 同前10頁。

合員が、支払義務を負う欠損額（組合に対する支払義務を履行した額を除く）を限度として、組合債権者に対し連帯して直接弁済責任を負うのも、違法分配の場合と同様である（有限組合36Ⅱ）。

- (ウ) 組合員の有限責任性を担保する以上、組合財産は組合債権者にとっての排他的財産になることが前提である。したがって、組合員の固有財産と組合財産とを明確に峻別し、組合員個人の債権者が組合財産に対して強制執行等をなしえないようにしなければならず、これらを制度上担保することが要請される⁽⁴⁶⁾。

有限組合法20条は、「組合員は、組合財産を自己の固有財産および他の組合の組合財産と分別して管理しなければならない。」と規定し、組合員に組合財産の分別管理義務を課した。この分別管理義務に要求される分別の程度は、強制執行等の場合において、ある財産がどの組合の組合財産に属するのか、あるいは組合員の固有財産に属するのかが何らかの形で明らかとなる程度に分別されていれば足り、具体的には財産の種類や性質に応じて個別に判断されることになる⁽⁴⁷⁾。

組合財産を、組合債務に対する排他的責任財産とするため、有限組合法22条1項は、組合財産に対する強制執行、仮差押え、仮処分または組合財産に競売が許容されるのは、組合財産となる前の原因により生じた権利に基づく場合およびこの組合の業務に関して生じた権利に基づく場合に限定される旨を規定している。これにより、組合員個人の債権者は、対象財産が組合財産になる前から債権の原因が存在している場合を除き、組合財産に対する強制執行等を許されない。仮にこの規定に違反して強制執行等がなされた場合には、各組合員が異議を主張することができる（有限組合22Ⅱ）。この異議には、第三者異議の訴えに関する民事執行法（昭和54年（1979年）法律第4号）38条および民事保全法（平成

(46) 同前参照。

(47) 同前11頁。

元年（1989年）法律第91号）45条の規定が準用される（有限組合22Ⅲ）。

- （エ）有限責任事業組合においては、組合債権者に対する情報開示の観点から、以下に述べるように、組合の財務諸表を作成した上で、組合契約書とともに、組合の主たる事務所において備え置き、閲覧・謄写等に供すべきことにしている^{（48）}。

組合員は、経済産業省令で定めるところにより、組合の成立の日における貸借対照表ならびに事業年度ごとの貸借対照表、損益計算書およびこれらの附属明細書を作成しなければならない（有限組合31Ⅰ・Ⅱ）。その作成方法等は、有限責任組合法施行規則14条以下による。これらの財務諸表は、その作成の時から10年間、組合の主たる事務所に備え置かなければならず（有限組合31Ⅳ）、組合の債権者は、当該組合の営業時間内はいつでも、作成した日から5年以内の財務諸表について、閲覧・謄写等の請求が可能である（有限組合31Ⅵ）。

③ 事後的救済のための規整

- （ア）組合の業務に関して第三者に損害が生じたときは、組合員は、組合財産をもって当該損害を賠償する責任を負う（有限組合17）。すなわち、この損害賠償責任は、組合債務として各組合員に帰属する。持分会社にあっては、会社が法人格を有するから、同様の場合には会社法600条により会社自体が賠償責任を負う。同法同条と事実上同様の救済を組合債権者に与える趣旨であろう。

- （イ）組合員（法人が組合員である場合には、当該法人により組合の職務を行うべき者として選任された者）が、自己の職務を行うにつき悪意または重過失があったときは、当該組合員はこれによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う（有限組合18Ⅰ）。持分会社における業務を執行する有限責任社員の第三者に対する損害賠償責任（会597）と同様の責任を、組合員に課す趣旨である。上の場合において、他の組合員も当

（48） 同前参照。

該損害を賠償する責任を負うときは、これらの者は連帯債務者となる(有限組合18Ⅱ)。

2-2-2-5. 組合の業務執行

有限責任事業組合にあつては、各組合員がその個性と能力を発揮しつつ、共通の目的に向かって共同事業を行うという特徴に鑑みて、原則としてすべての組合員が業務執行権限を有するという法政策が採られている⁽⁴⁹⁾。この基本構造は民法組合と同様である。しかし、有限責任事業組合の強固な共同事業性に鑑み⁽⁵⁰⁾、組合の業務執行を決定するには、原則として総組合員の同意によらなければならない(有限組合12Ⅰ柱書本文)。これは、民法670条1項の特則である。ただし、あらゆる業務執行の決定を総組合員の同意に係らしめると、業務執行の機動性・迅速性を損い、商機を逸することにもなりかねない。それゆえ、①重要な財産の処分および譲受け、②多額の借財、の決定を除いては、組合契約書において、総組合員の同意を要しない旨の定めをすることができるとして、上の要件を緩和している(有限組合12Ⅰ)。さらに、上記①②の決定に関しても、経済産業省令で定める一定の範囲内のものについては、その要件を組合員の3分の2以上の同意にまで緩和することができる(有限組合12Ⅱ)。これを受けて有限組合法施行規則5条が、総組合員の同意を要しない対象財産価額、借財の価額を定めている。

組合員は、その全員が、業務執行の決定に基づき、組合の業務を執行する権利を有し義務を負う(有限組合13Ⅰ)。強固な共同事業性と業務運営の機動性を両立させるためであり、すべての組合員は何らかの業務執行に携わらなければならない⁽⁵¹⁾。ただし、各組合員の個性や能力を十分に発揮するためには、強固な共同事業性が損われない範囲で業務執行の分担を認めることが望まし

(49) 新川・注(35) 前掲25頁参照。

(50) 篠原・注(32) 前掲13頁。

(51) 新川・注(35) 前掲25頁参照。

い⁽⁵²⁾。そこで、組合員は、業務執行の一部のみであれば、これを委任することができるとして（有限責任13Ⅱ）、組合内部で、組合員の業務執行権限の分担を認めている。このような分担を認めるからには、そのような内部的権限分担を知らずに、組合員の業務執行権限を信頼して取引をした第三者を保護する必要があるので、代理権・代表権の内部的制限の対抗不能規定を設け、組合員の業務執行権に加えた制限は、善意の第三者に対抗できないものとした（有限責任13Ⅲ）。一般法人法77条5項、会社法599条5項などと同様の法政策である。

組合の常務については、原則として各組合員が単独で行うことができる（有限組合14参照）。この点は民法670条3項と同様である。

2-2-2-6. 損益の分配

有限組合法33条は、「組合員の損益分配の割合は、総組合員の同意により、経済産業省令で定めるところにより別段の定めをした場合を除き、会計帳簿に記載された各組合員が履行した出資の価額に応じて定める。」と規定し、有限組合法施行規則36条に定めるところにより、出資額の価格の割合と異なる割合で柔軟な損益分配を認めている。民法674条が民法組合の損益分配につき組合員の合意により柔軟な損益分配を認めているのと基本的に同様の法政策が採られている。これによって、各組合員の人的貢献の程度を、損益分配の割合に反映させることも可能になる。組合員の事業参加意欲を刺激するに適当な法政策である。

2-2-2-7. 有限責任事業組合の活用

有限組合法は、平成17年（2005年）8月1日より施行された。

この制度の創設の必要性につき、立法作業に先立って経済産業省がわが国の経済界や有識者にヒアリング（hearing）を実施したところ、以下に掲げるような分野での共同事業に活用されることが期待されていたようである。すなわ

(52) 篠原・注(32) 前掲13頁。

ち、①異業種の事業者による共同研究開発事業、②個性的な中小企業による連携事業、③大学発ベンチャーの創業を始めとする産学連携事業、④コンテンツ・クリエイター（contents creator）のような専門人材事業、などである⁽⁵³⁾。

施行後直近の調査によれば、この組合の設立件数は、平成17年12月末で362件、同18年（2006年）3月末で約700件と順調に増加している⁽⁵⁴⁾。業種としては、経営コンサルタント（consultant）業が25%を占め、次にソフトウェア（software）業・情報提供サービス業・コンテンツ制作業が19%を占める⁽⁵⁵⁾。当初期待された大企業の連携、中小企業の連携、専門人材や起業家の連携、産学官連携などで、着実に組合設立の実績が伸びつつある⁽⁵⁶⁾。

2-2-3. 匿名組合

2-2-3-1. 共同企業としての匿名組合

企業の経営者に金銭その他の財産を貸し付けて約定の利息・賃料等の支払いを受け約定の時にその返還を受ける場合には、その企業はその経営者の個人企業であって、資本の提供者は個人企業の債権者に他ならないが、企業の経営者と資本の提供者（出資者）とが提携して出資者が企業経営から生じる利益の分配を受ける場合には、その企業は共同企業と認められる⁽⁵⁷⁾。そのような企業は、資本家と有能な経営者との合作による企業の形成と評価できるからである⁽⁵⁸⁾。

匿名組合は、共同企業であるが、共同企業者の1人にのみ単独で企業の所有と経営をなさしめ、対外的には単独企業として現われるという形態の企業である。すなわち、企業の経営者（営業者）と資本の提供者（匿名組合員）とが契

(53) 詳細は、畑野浩朗「有限責任事業組合（LLP）制度の創設の必要性」商事法務1720号（2005年）69-70頁参照。

(54) 石井芳明「LLP（有限責任事業組合）の活用状況」商事法務1770号（2006年）29頁。

(55) 同前29-30頁参照。

(56) 具体例について、同前31-33頁参照。

(57) 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）324頁。

(58) 西原寛一『商行為法』（有斐閣・1960年）175頁参照。

約を締結し、後者が一定限度の出資を行い、前者の営業から生じる利益の分配をなさしめるのである。後者は、契約に基づく監視権を有するのみで、企業経営を前者に一任する。後者の出資は、前者のみの責任財産を構成し、企業活動によって生じる第三者に対する権利義務も前者のみに帰属する。後者は、共同企業者でありながら、前者の背後に隠れてその存在が第三者に知られることがない。それゆえ出資者が匿名組合員と呼ばれるのである。このような企業は、対外的に営業者の個人企業として現われるから、営業上の法律関係が複雑になることも避けられる。

匿名組合制度は、出資者と営業者との双方の利益が一致するところに成立する。すなわち、出資者から見ると、その社会的地位・経営手腕・法律的制限などのため、自ら営業者となることを好まないか、またはなることができない場合に、この制度を利用して投資の有利性と秘密化の利益を得る。また、営業者から見ると、受け入れた出資に対して利益を分配するだけで、経営の面では他からの干渉を受けない自己の営業であるから、資本関係を秘密にし、消費貸借の場合のような確定利息を支払う負担を免れ、自由な経営を行いうる長所がある⁽⁵⁹⁾。

2-2-3-2. 匿名組合の意義

商法535条によれば、匿名組合とは、当事者の一方が相手方の営業のために出資をし、その営業から生ずる利益を分配することを約する契約をいう。すなわち、出資者たる匿名組合員と営業者との間の諾成契約である。

匿名組合契約が2当事者間の契約であることは、上の商法535条の文理からしても、また同540条が組合員の脱退という表現を用いず、契約の解除という表現を用いていることからしても、明らかである。民法上の組合契約のように、多数の当事者が存在するのではない。もっとも、営業者は、その資力を強化するため、多数の組合員と個別に並行して独立した匿名組合契約を締結できる。

(59) 同前。

このときは、出資者の数だけの複数の匿名組合が成立する。なお、従来の多くの体系書が、「営業者は多数の出資者と同一内容の匿名組合契約を結ぶことができる⁽⁶⁰⁾」と表現しているが、この表現は、ややもすれば誤解を招く虞れであろう。営業者と各匿名組合員との契約内容は、相互の関連なく個別にその内容について合意することができるからである。いずれにせよ、同一の営業者に係る複数の匿名組合契約が存在しても、匿名組合員相互間には、何ら法的な関係は存在しない（長崎控判明治40年（1907年）11月26日新聞469号8頁）。したがって、複数の者が営業者に出資をし、その営業者から生じる利益を分配する多数当事者間の契約関係や、営業者と複数の出資者とが1個の団体を組織する場合、または、多数の当事者が出資をして1個の団体を組織して団体の事業をそのうち1名の名義で営む場合は、商法の規定する匿名組合ではない⁽⁶¹⁾。

匿名組合員たりえる資格は、法が許容する範囲内であれば、自然人たと法人たとを問わないし、法人格のない民法上・特別法上の組合も匿名組合員になることができる。また、商人たと非商人たとを問わない。これに対し、営業者は商人に限られるが、商人資格が認められる限り、自然人たと法人たと組合その他の団体であると問わない。固有の商人、擬制商人のいずれも営業者たりうる。事実上は稀であろうが、小商人も匿名契約当事者として営業者たりうる。営業者として匿名組合契約を締結するには、すでに商人として営業していることは必要ではなく、開業準備行為（第2章3参照）として匿名組合契約を締結することで足りる⁽⁶²⁾。匿名組合契約の締結は、営業者にとって、常に附屬的商行為となる。商人がその営業のために匿名組合員となる場合には、匿名組合員にとっても附屬的商行為となる⁽⁶³⁾。

(60) 近藤光男『商法総則・商行為法（第5版補訂版）』（有斐閣・2008年）171頁，西原・同前176頁，平出・注（57）前掲327頁。

(61) 平出・同前。

(62) 田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社・2006年）242頁，平出・同前328頁，西原・注（58）前掲177頁参照。

(63) 平出・同前331頁。

匿名組合契約は、有償双務の諾成契約であるが、既成の民法上の典型契約の類型のいずれにも属さず、商法上の独自の契約であると解しておけばよい。民法上の典型契約の類型に無理に照応させることは無益な徒勞である。

2-2-3-3. 匿名組合員の義務

匿名組合員は、営業者に対し、出資義務を負う。出資は、金銭その他の財産をもってなされ、信用出資や労務出資は認められない（商536Ⅱ）。すなわち、匿名組合員は物的出資者である。

匿名組合員の出資は、法律上、営業者の財産に属する（商536Ⅰ）。したがって、出資財産につき、匿名組合員の持分という観念は成立しないし、当該財産が営業者と匿名組合員との共同所有に属するというものもない。営業者は、出資前から存する自己の財産と、匿名組合員の出資財産とを合わせ、その全財産をもって営業を行うことになるが、当該財産につき、営業者の側において出資という観念が成立することもない。

匿名組合は、法律的には営業者の単独企業であるから、匿名組合員は、営業者の行為につき、第三者に対して何ら権利義務を有するものではないが（商536Ⅳ）、匿名組合員が、自己の氏もしくは氏名を営業者の商号中に用いること、または自己の商号を営業者の商号として使用することを許諾したときは、その使用以後に生じた債務については、営業者と連帯してこれを弁済する責任を負う（商537）。この責任の根拠は、名板貸しの責任（商14、会9）などと同様、禁反言の法理によるものと解されている⁽⁶⁴⁾。これら名称使用の許諾は、明示であると黙示であるとを問わない。名称の使用を許諾したときは、名板貸しの場合と同様に、第三者が悪意の場合には、匿名組合員の責任は生じないと解するのが、多数説である⁽⁶⁵⁾。しかし、大隅健一郎は、商法537条に基づく名称使用

(64) 平出・同前339頁，近藤・注（60）前掲173頁。

(65) 平出・同前，近藤・同前，西原・注（58）前掲183頁脚注（1），田邊・注（62）前掲245頁。

許諾者の責任の根拠を禁反言の法理に置きつつも、第三者が真実匿名組合員を共同事業者または営業者と信じたか否か、すなわち第三者の善意悪意を問わず、名称使用を許諾した匿名組合員に同条所定の責任が生じることを肯定する⁽⁶⁶⁾（その理由は定かではない）。商法537条と同14条・会社法9条の文言を比較すると、商法537条においては、明らかに取引の相手方の誤認は、責任発生の要件とはなっていない。これは、名板貸しの場合に比して、名称使用許諾者の責任を広く認める趣旨であろう。匿名組合契約の匿名組合員にとっての利点は、先に述べたように投資の秘密化という利益を得る点にあり、営業者にとっての利点は、資本関係の秘密化という利益を得る点にある。匿名組合員が、自己に係る名称の使用を営業者に許諾することは、これらの利点を放棄するに等しい行為である。言わば、名称の使用を許された営業者の営業が、実質的には匿名組合員と営業者の共同事業であることを⁽⁶⁷⁾、匿名組合契約の当事者が進んで暴露しているのである。そうであるとすれば、名称の使用を許諾した匿名組合員は、共同事業者として、第三者の善意悪意を問わず、営業者とともに商法537条所定の責任を負うと解すべきではなかろうか。大隅説の結論が妥当であると考えらる。

匿名組合は、当事者の人的信用を基礎とする契約関係であるから、営業者の同意がない限り、出資義務を履行した後といえども、その地位を他人に譲渡してはならない。後に述べるように、匿名組合員は営業者に対する監視権を有し（商539）、営業の内容を知りうる立場にあるから⁽⁶⁸⁾、匿名組合員が縦にその地位を他に譲渡することは、営業者の利益を大きく損ねる虞れがある。

2-2-3-4. 匿名組合員の権利

(66) 大隅健一郎『商行為法』（青林書院新社・1963年）88頁。

(67) 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法（第2版補訂版）』（有斐閣・2008年）172頁参照。

(68) 平出・注（57）前掲333頁。

営業者は、匿名組合員に対してその営業から生じた利益を分配すべき義務を負う（商535）。これを匿名組合員の側から観れば、匿名組合員は、営業者に対し、契約の定めに従って営業をなさしめる請求権と、営業者から利益分配を受ける権利を有するということになる⁽⁶⁹⁾。

営業者が、約束の時期に営業を開始せず、任意に営業の変更・休止・廃止・譲渡等を行い、約定以外の目的に匿名組合員の出資を使用するなどの場合には、義務違反として、匿名組合員に対する損害賠償責任を免れない⁽⁷⁰⁾。これらの責任は、営業者の債務不履行責任である。加えて、営業者は、出資者たる匿名組合員に対し、その営業の遂行につき、善管注意義務（民644）を負うと解すべきであろう。

営業者が、匿名組合員の目的たる営業と同種の営業を別に行いうるか否か、すなわち、営業者が匿名組合員に対する関係で競業禁止義務を負うか否かに關しては、反対の特約がない限り、一般に営業者はこの義務を負うものと解する立場が有力である⁽⁷¹⁾。おそらく、持分会社の業務執行社員に課された競業禁止義務を規定した会社法594条の類推適用がその脳裡に去来しているものと思われる。ただし、西原寛一は、営業者の競業禁止義務の根拠を匿名組合員に対する善管注意義務に求めている⁽⁷²⁾。しかし、これについては、松本烝治や竹田省が説くように、一概に競業禁止義務が認められると解するよりも、具体的な匿名組合契約によって解釈すべき事実問題である⁽⁷³⁾と観るのが素直であるように思われる。本来、営業者に対して競業禁止義務を課す明文の規定がないからには、この者には営業の自由という大原則が妥当し（第2章2－2参照）、これが制限される謂はないといふべきである。

(69) 近藤・注 (60) 前掲173頁。

(70) 大隅・注 (66) 前掲86頁。

(71) 大隅・同前，平出・注 (57) 前掲334頁，西原・注 (58) 前掲181頁。

(72) 西原・同前。

(73) 松本烝治『商行為法（増訂第8版）』（中央大学・1924年）156頁，竹田省『商行為法』（弘文堂書房・1931年）89頁。

匿名組合員は、営業者の業務を執行し、または営業者を代理する権利を有しない(商536Ⅲ)。しかし、営業者の営業に関して重大な利害関係を有するから、その営業に関心を有するのが当然である。それゆえ商法は、匿名組合員に、営業者に対する監視権を認めた。すなわち、匿名組合員は、営業年度の終了時において、営業者の営業時間内に、営業者の貸借対照表（電磁的記録をもって作成される貸借対照表につき、商施規9）の閲覧・謄写などを求め、または営業者の業務および財産の状況を検査することができる（商539Ⅰ）。さらに、重要な事由があるときは、いつでも、裁判所の許可を得て、営業者の業務および財産の状況を検査することができる(商539Ⅱ、当該許可に係る事件の管轄権は、営業者の営業所の所在地（営業所がない場合にあっては、営業者の住所地）の地方裁判所にある、商539Ⅲ）。匿名組合員は、このような監視権を通じて、営業者の営業の内情に通じることができるが、営業者に対する関係では、自ら営業をなす者ではないから、競業避止義務を負うものではない⁽⁷⁴⁾。もっとも、当事者の特約により、匿名組合員に営業者の業務執行に参与する権利を与え、たとえば一定の重要な事項は匿名組合員との協議を経るべきものとするとは、匿名組合契約の性質に反するものではないので⁽⁷⁵⁾、同じく特約をもって匿名組合員に競業避止義務を課することは差し支えない⁽⁷⁶⁾。

繰り返し述べるように、匿名組合契約は、匿名組合員の出資に対して利益を分配することが契約内容の中核たる要素である。利益の分配について詳細に観てみよう。

2-2-3-5. 利益（損失）の分配

そもそも利益の分配を約束しない契約は、匿名組合契約の定義そのものに反し、匿名組合契約ではない。分配についてその最高限度を定めることは、利益

(74) 平出・注(57) 前掲334頁。

(75) 竹田・注(73) 前掲89頁。

(76) 平出・注(57) 前掲335頁。

分配の性質に反しないが、最低限度を保障することは問題がある⁽⁷⁷⁾。ましてや、営業者がその営業による損益を度外視して一定時期に一定率の利益分配をなすことを約するのは匿名組合ではない⁽⁷⁸⁾（東京地判昭和32年（1957年）7月26日金法150号130頁）。

匿名組合における利益というのは、各営業年度において営業より生じた財産の増加額を意味する⁽⁷⁹⁾。利益としての財産の増加は営業によるものであることを要し、固定財産の価格の騰貴による評価益を含まない⁽⁸⁰⁾。ただし、契約によって、評価益の一部を匿名組合員に分配することは可能である⁽⁸¹⁾。利益が貸借対照表に基づき確定されることは当然である。

利益分配の割合は、契約において定められるのが常である。特約が存しない場合、営業者自身には、出資や利益分配の観念がないので、営業者・匿名組合員間において、当事者の出資の価額に応じるという民法674条を直接準用することはできないが（したがって、類推適用ということになる）、匿名組合員の出資額を営業者の投下財産額および労務の評価額など対比して、分配の割合を決めるべきことになる⁽⁸²⁾。営業年度の期末に利益があるときは、匿名組合員は、上の利益分配の割合に応じて、営業者に対する利益分配請求権を当然に取得する。特別の合意がない限り、利益の分配は現実になされることを要し、営業者は、営業上の必要を理由に利益を次の営業年度に繰り越しえず、分配すべき利益をもって匿名組合員の出資の増加に充てることはできない⁽⁸³⁾。

損失の分担は、匿名組合の要素ではないが、経済的（内部的）には共同事業

(77) 田邊・注(62)前掲243頁。

(78) 同前。

(79) 田邊・同前，西原・注(58)前掲181頁、大隅・注(66)前掲87頁。

(80) 西原・同前。

(81) 弥永・注(67)前掲173頁。

(82) 平出・注(57)前掲336頁，西原・注(58)前掲182頁，田邊・注(62)前掲243頁，大隅・注(66)前掲87頁参照。

(83) 平出・同前336-337頁，大隅・同前。

であるから、損失が生じたときは、通常は、匿名組合員もこれを分担しなければならない。すなわち、反対の特約がない限り、匿名組合員には損失分担の義務があるものと推定される。ここでも、民法674条を直接準用することはできないが、利益分配の場合と同様の処理がなされよう。

ここにいう損失の分担とは、計算上、匿名組合員の出資がその負担する損失の限度において減少することをいう（出資勘定の減少）。それゆえ、現実には財産を醸出して損失を填補することではない。商法538条は、「出資が損失によって減少したときは、その損失をてん補した後でなければ、匿名組合員は、利益の配当を請求することができない。」と規定している。これは、損失が続いて計算上その匿名組合員の出資の総額が0になり、あるいはマイナス（minus）になることもありうるが、この場合にも、後の年度の利益をもってこれを填補した後でなければ、利益の分配を請求できないことを意味する。仮に、出資の額が計算上プラス（plus）に転じないまま匿名組合契約が終了したときは、特約がない限り、匿名組合員は追加出資の義務を負わず、返還を請求できる出資が存在しないというにとどまる。

2-2-3-6. 匿名組合契約の終了

匿名組合契約も、契約であるからには、契約の一般終了原因によって終了することは言うを待たない。なお商法は、とくに以下のような終了原因を認めている。

匿名組合契約をもってその存続期間を定めなかったとき、またはある当事者の終身間匿名組合が存続することを定めたときは、各当事者は、少なくとも6ヵ月前に予告をして、営業年度の終了時において契約を解除することができる（商540Ⅰ）。

匿名組合の存続期間を定めた与否にかかわらず、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、いつでも契約を解除することができる（商540Ⅱ）。やむを得ない事由としては、匿名組合員の出資義務の懈怠、営業者の営業遂行義務・

利益分配義務の懈怠等のように、当事者の重要な義務の懈怠、または営業者の長期の疾病などによる義務の履行不能などがある⁽⁸⁴⁾（営業者の利益分配義務の懈怠による即時契約解除を認めたものとして、大阪地判昭和33年（1958年）3月13日下民集9巻3号390頁）。

以上に加え、目的である事業の成功または成功の不能、営業者の死亡または営業者が後見開始の審判を受けたこと、営業者または匿名組合員が破産手続開始の決定を受けたこと、により、匿名組合契約は当然に終了する（商541）。営業者が任意に廃業または営業の譲渡をした場合、平出慶道は、これを目的たる事業の成功不能（事実上の絶対的不能）と解する他ないとしている⁽⁸⁵⁾。一方、田邊光政は、目的たる事業の成功または不成功というのは、契約当事者が特にこれを問題にしたときに、その判定に困難をとまわらないようなものをいうと解すべきであり、営業者が任意に営業を廃止または譲渡することは、営業者の重要な義務違反であって商法540条2項に基づく解約事由に該当し、損害賠償義務も生じると解している⁽⁸⁶⁾。後者の説に賛成する。

匿名組合契約が終了したときは、営業者は、匿名組合員にその出資の価額を返還しなければならないが、出資が損失により減少したときは、その残額を返還すれば足りる（商542）。たとえ出資者が現物出資をしていた場合であっても、出資の返還は、常に金銭をもってなさなければならない。商法542条が「出資の価額」を返還するよう規定しているからである。ただし、特約をもって金銭以外の財産による出資の返還をなすことは差し支えないであろう。営業者の財産状態の計算は、民法681条が類推適用される⁽⁸⁷⁾。計算は契約終了時を基準とし、その後に発生した損失を斟酌すべきではない（大判明治45年（1912年）6月1日民録18輯589頁）。匿名組合員の出資金返還請求権は、持分会社の社員の

(84) 平出・同前341頁，大隅・同前88－89頁。

(85) 平出・同前342頁。

(86) 田邊・注（62）前掲247頁参照。

(87) 平出・注（57）前掲344頁、大隅・注（66）前掲90頁。

残余財産分配請求権（会664）とは異なり、純粹の債権であって、営業者の一般債権者の債権と同列の地位に立つと解されている⁽⁸⁸⁾。

匿名組合契約の終了は、営業者の営業の存続とは何ら関係がない。営業者が営業の継続を選択しようと、廃業を選択しようと、それは営業者の自由に委ねられる。

2-2-3-7. 匿名組合の利用

匿名組合そのものではないが、かつて匿名組合類似の地方商慣習により生じた「宇部式匿名組合」と呼ばれる企業が、山口県宇部市とその近郊において、石炭鉱業を中心として、明治初年前後から発達した。昭和30年代には、この形態は北九州や広島県にも普及し、百貨店・劇場・鉄工業部門にも進出したようである。その構成は、多数の組合員が出資をし、組合員の信頼を受けて人的結合の中心となった頭取が組合事業の主体として無限責任を負い、事業利益の配当をするものである。組合員は、当初は資金の醸出者^{かきだ}たると同時にその事業の労働者であったが、後には事業に直接参加しない蔭歩^{かげふ}を認めるようになった⁽⁸⁹⁾。上記の頭取と蔭歩との関係は、匿名組合に類似する。しかし、西原寛一によれば、この企業は、組合員相互の関係を認め、団体的存在をなす点において匿名組合と異なり、しかも出資が株または口単位に形成され、蔭歩の増加とともに組合券が発行され、それが売買取引の対象となるに及んでは、株式会社的色彩を加えた企業形態と言う他ないと評価されている⁽⁹⁰⁾。

1990年代中葉に至り、匿名組合がきわめて特殊な形で脚光を浴びたことがある。いわゆるバブル経済の崩壊にともなって金融機関が莫大な不良債権を抱えた時期にあつて、不良債権を処理し、金融機関の財務体質の健全化を図る処方箋のひとつとして、匿名組合制度が利用されたのである。すなわち、再建計画

(88) 田邊・注(62)前掲247頁。

(89) 西原・注(58)前掲178-179頁脚注(3)参照。

(90) 同前。

を合意している金融機関が、その再建計画の実行を管理するための特別目的会社（Special Purpose Company、SPC）を設立し、この SPC が営業者となり、関係金融機関がノンバンク（nonbank）に対する金利減免債権をその営業のために現物出資をする形で、商法上の匿名組合契約を締結する。そして、このような債権の流動化や担保物件の処分を促進しようとするものである。その法構造は、平成 6 年（1994 年）に田邊光政が金融法務事情 1400 号に公表した「金融機関の不良債権流動化スキーム（scheme）をめぐる法的検討」において詳細に分析されている。

いずれにせよ、上のような利用方法はきわめて特殊なものであり、わが国においては、過去にこの種の契約が一般的に用いられたとは聞かず、具体的には、江戸時代までにこの種の契約の萌芽が見られたか否かが論じられている程度である⁽⁹¹⁾。

2-2-4. 会社

繰り返し述べるように、会社は、企業のためにのみ生まれた純粹形態であり、窮極の企業形態であると言える。人類が到達しえた最も理想的な企業形象であると言っても過言ではない。その概念については、すでに述べた（第 1 帖第 4 章参照）。

民法上の組合、有限責任事業組合、匿名組合については、本章で概略述べたところに従って、そのおよその全体像を掴むことは、さほどの困難を感じないと思われる。しかし、会社については、会社法の規整は相当に複雑であり、全体像の把握に長い道程を必要とする。

主として企業社会への参入を扱う本帖においては、会社の設立について後に概観する（第 3 章、第 4 章）。

(91) 浜田道代「サービス提供取引の法体系に関する一試論」『現代企業取引法』（税務経理協会・1998 年）15 頁。

第2章 企業の立上げ—総論

1. 緒言

企業がどのような過程を経て成立するかは、企業形態の如何によって各々法律関係が異なる。しかし、商法・会社法の適用という点で、いずれの企業形態においても重要な意義を有する。とりわけ、企業の成立は、商法の適用がいかなる時点から始まるか、という問題として重要である⁽¹⁾。

本章においては、上の問題を含め、企業の立上げに関する総論的法律問題を扱うこととする。

2. 営業の選択

2-1. 営業の意義

わが商法は、企業ということを中心とせず、商人法主義をも採用していないから、「営業」という概念は、わが商法の実定法上の基礎概念をなすものではない。しかし、商法が、実質的には企業に関する法であるとして把握されるべきものである以上（第1帖第1章2-2-3）、営業という概念は、商行為および商人の両概念と並んで重要である⁽²⁾。わが商法は、営業という概念において、商人および商行為の2概念を結びつけており、しかも、実際取引では特定の商人よりも営業が前面にあらわれ、人的および物的要素の統一体として、重要な意識を有しているのである⁽³⁾。商法総則編は、営業に関する各種の技術的制度を規定する編と評価することが可能である⁽⁴⁾。

商法上、「営業」という用語（会社法は「営業」という用語ではなく「事業」という用語を用いている）には、2つの意味（意義）がある。第1は、「主観

(1) 服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1983年）260頁。

(2) 鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』（弘文堂・1999年）121頁。

(3) 石井照久『新版商法総則』（弘文堂・1966年）52頁参照。

(4) 鴻・注（2）前掲121頁参照。

的意味（意義）における営業」と称されるものであり、商人の営利活動そのものを指す（活動としての営業）。すなわち、商人の一定の営利目的によって統合組織化された活動の総体という謂である。第2は、「客観的意味（意義）における営業」と称されるものであり、商人の総括的な財産的組織体を指す（機能的財産としての営業）。すなわち、商人の一定の営利目的によって統合組織化された財産の総体という謂である。たとえば、商法5条、6条1項、509条、535条などで用いられる営業という用語は、前者の意味で用いられている。同じく商法15条、16条などで用いられているそれは、後者の意味で用いられている。

しかし、両者の営業は相互に密接な関連を有する。企業者の企業的活動すなわち営業的活動は、この総括的な財産的組織体を離れてなされえず、また、この総括的な財産的組織体も、結局は、営業的活動の沈殿したものに他ならないからである⁽⁵⁾。鴻常夫は、営業の法的考察にあたっては、営業的活動も営業組織も、動いている企業という営業の実質的な社会基盤を常に顧慮する必要があると説き、営業活動と営業組織との区別は、説明の便宜のための一応の形式的区別であることに注意すべきであると述べている⁽⁶⁾。

ともあれ、ある権利主体が、固有の商人あるいは擬制商人たらんと欲して、企業生活関係に参入するにあたっては、活動としての営業の内容を決定し、それに即して徐々に組織としての営業を整備することが必要となる。

2-2. 営業の自由とその制限

2-2-1. 営業の自由

企業生活関係への新規参入者が、活動としての営業の内容を自由に決定できること、すなわち「営業の自由」は、近代経済社会において確立された根本原則であって、何人も自由に欲するところの営業を営み、商人たる資格を取得す

(5) 石井・注(3) 前掲52頁。

(6) 鴻・注(2) 前掲123頁。

ることができるのが本則である⁽⁷⁾。企業社会への参入における営業の自由とは、開業の自由、すなわち何人も企業を自由に開始しうることを意味する。なお、広義の営業の自由には、開業の自由に加えて、いったん開始した企業の継続・廃止（廃業）の自由、企業継続中における活動の自由（取引の自由）が含まれること、当然である⁽⁸⁾。

商法・会社法が、営業（事業）の自由を前提に立法されていることは当然であるが、営業の自由の根拠は、憲法22条1項が保障している職業選択の自由のうちに含まれると解されている⁽⁹⁾。したがって、営業の自由を否定することは、「公共の福祉」に基づくのでない限り、憲法違反となる⁽¹⁰⁾。公共の福祉に基づく制約の多くは、石井照久が説くように、国家の広い意味での経済政策としての、国家の企業に対する要請に基づくものや、官紀の維持などの特殊な要請によるものであって、その多くは実質的意義の商法の分野に属するものではない⁽¹¹⁾。

営業の自由には、①営業をなすこと自体の自由、②その営業をいかに遂行するかに関する自由、があることに注意すべきである。したがって、その制限に関しても、①②それぞれについて観察する必要がある。なお、①について付言すれば、会社の設立という方法によらず、固有の商人あるいは擬制商人たらんと欲して企業生活関係への参入を欲する者は、当然に、基本的商行為または準商行為該当行為と認められる行為類型の中から、任意に活動としての営業の内容を選択しなければならない。

2-2-2. 営業をなす事自体の自由の制限

(7) 大隅健一郎『商法総則（新版）』（有斐閣・1977年）132頁。

(8) 服部・注（1）前掲497頁。

(9) 服部・同前、鴻・注（2）前掲124頁、石井・注（3）前掲54頁、大隅・注（7）前掲132頁。

(10) 服部・同前。

(11) 石井・注（3）前掲54頁。

2-2-2-1. 公法上の制限

かつては、国家財政上その他の理由から国家の独占事業とされていたものが相当に存在した。たとえば、しょう腦専売法（昭和24年（1949年）法律第113号）、塩専売法（昭和59年（1984年）法律第70号）による粗製樟腦および樟腦油の販売ならびに塩の販売がこの例であった。これらは、一般の営業として成立する余地がなく、これらを業として行うことはできなかった。しかし、これらの国家独占事業は徐々に一般に開放され、しょう腦専売法は昭和37年（1962年）に廃止、塩専売法も平成9年（1997年）に廃止されている。現在では、あへん法（昭和29年（1954年）法律第71号）により、阿片の輸出入、収納・売渡し、芥子栽培耕作者などからの一手買取りなどが国家独占事業となっている（あへん2）のが目立つ程度である（もっとも、これはむしろ一般公益上の制限と捉えるのが相応しい例であろう）。あへん法に違反する営業行為は私法上も無効であり、したがって有効な商行為は存在せず、実際にかかる行為を業として行ってもこの者は商人たりえない⁽¹²⁾。

次いで、一般公益上の見地から営業が制限されることがある。たとえば、猥褻な文書・図画・DVDその他のものの頒布・販売（刑175）、阿片煙またはその吸引器具の輸入・製造・販売（刑136、137）などがこれである。これらは公序良俗に違反する行為であり、無効であるから（民90）、やはり有効な商行為は存在せず、これらを業として行ってもこの者は商人たりえない。

一般公安、保健衛生、風俗取締りなどの理由から許可営業または登録営業とされるものがある。一般公安・風俗取締り上の理由に基づく許可営業の例として、質屋営業法（昭和25年（1950年）法律第158条）2条による質屋営業、古物営業法（昭和24年（1949年）法律第108号）3条による古物商営業、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（風営法）（昭和23年（1948年）法律第122号）3条による料理店営業（風営2 I ②）、パチンコ業（風営2 I ⑦）などがあり、同じく登録営業の例として、貸金業法（昭和58年（1983年）法律

（12）大隅・注（7）前掲132頁参照。

第32号) 3条による貸金業などがある。保健衛生上の理由に基づく許可営業の例として、食品衛生法(昭和22年(1947年)法律第233号)52条による食品営業、飲食店営業などがある。さらに、事業の公共性に鑑みて免許営業とされているものがある。たとえば、銀行法(昭和56年(1981年)法律第59号)4条による銀行業、信託業法(平成16年(2004年)法律第154号)3条による信託業、保険業法(平成7年(1995年)法律第105号)3条1項による保険業、鉄道事業法(昭和61年(1986年)法律第92号)3条による鉄道事業などがこれである。これら、営業免許・許可・登録の制度は、言わば産業警察の制限であるから、これに違反してなされた行為を当然に無効とするものではなく、したがって、免許・許可・登録なしにこれらを業とする者は、私法上、商人資格の取得を妨げられるものではないと解されている⁽¹³⁾。

最後に、身分上の理由に基づく制限が挙げられる。たとえば、裁判所法(昭和22年(1947年)法律第59号)52条3号により、裁判官は、在任中、営業を営むことができず、国家公務員法(昭和22年法律第120号)103条1項2項により、国家公務員は、人事院の承認を得ることなく、営利企業を営んではならない。同じく、弁護士法(昭和24年(1949年)法律第205号)30条1項1号により、弁護士は、弁護士会に届出をすることなく、自ら営利事業を営むことができない。これらに違反する行為は、行為者の責任は別として、行為自体は有効な商行為となりえ、したがって、営業者は商人たりえる⁽¹⁴⁾。

2-2-2-2. 私法上の制限

私法上の制限の第1は、私経済主体の利益保護という理由に基づき、特に法律による制限が課される場合である。典型例は、他人の利益を考慮すべき地位にある企業生活関係内に身を置く一定の者に対し、競業を禁止するという形式で商法・会社法が直截にこれを規定する場合である。営業譲渡人・事業譲渡会

(13) 石井・注(3) 前掲55頁参照。なお、大隅・同前133頁参照。

(14) 大隅・同前。

社の競業の禁止（商16、会21）、支配人の競業の禁止（商23、会12）、代理商の競業の禁止（商28、会17）、取締役の競業の禁止（会356 I ①）、執行役の競業の禁止（会419 II → 356 I ①）、業務執行社員の競業の禁止（会594）などがこれである。

第2に、当事者間の契約による場合がある。契約による制限は、公序良俗に反しない限り（民90）、有効と考えられる。大審院明治32年（1899年）5月2日判決民録5輯5巻4頁は、「義務者ニ於テ其期間ニ付テモ其区域ニ付テモ同時ニ無限ニ同一ノ營業ヲ為サルノ義務ヲ負担スヘキニ於テハ・・・（その特約は）商業ノ発達ヲ妨ケ社会ノ秩序ヲ紊^{みだ}スノ恐^{おそ}リアルヲ以テ固^{もと}ヨリ法律ノ保護ヲ与フヘキモノニアラサルモ之ヲ適当ナル期間又ハ区域ニ制限シアルニ於テハ商業ノ発達ヲ妨ケ社会ノ秩序ヲ紊^{みだ}スノ恐^{おそ}レ鮮^{すく}ナキヲ以テ寧^{むし}ロ其権利者ノ権利ヲ保護スヘキヲ当然ト為スヘケレハナリ」と判示して、契約による営業の制限を是認している。契約義務に反する営業行為は、行為者の債務不履行になるにすぎず、行為自体は有効であり、したがって営業者は商人たりえる。

2-2-3. 営業の遂行方法の自由の制限

2-2-3-1. 不正競争の防止

営業の態様に関する制限としては、商法・会社法中に商号関連の若干の規定が設けられている外（商12、13、会8）、不正競争防止法（平成5年（1993年）法律第47号）や商標法（昭和34年（1959年）法律第127号）が、営業上の信用が化体された営業標識たる商号や商標の冒用を禁じている。これらの営業標識が正当に保護されることによって商人の自由な営業上の努力を可能にする基盤が成立しているのであるから、このような制限を単なる営業の自由に対する制限と見るのは妥当でないとの川濱昇（1959～）の指摘⁽¹⁵⁾に留意する必要がある。特許法（昭和34年（1959年）法律第121号）などの産業財産権法（工業所有権法）によって課された制限も同様である。営業活動の自由と言ってもそれ

(15) 森本滋編『商法総則講義（第3版）』（成文堂・2007年）53頁〔川濱昇〕。

は不正な競争手段の利用を許容するものではないのである⁽¹⁶⁾。

2-2-3-2. 営業における公正かつ自由な競争の確保

改めて言うまでもなく、独占禁止法は、私的独占、不当な取引制限および不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正かつ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭および国民実所得の水準を高め、もって、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としている(独禁1)。そして、この目的を達成するため、事業者に広汎な制約を課している。一般的な制約規定と評価しえるものを数例挙げれば、独占禁止法は、事業者に対し、同法2条5項6項所定の私的独占または不当な取引制限を禁止し(独禁3)、不当な取引制限または同法2条9項各号所定の不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定または国際的契約をなすことを禁止している(独禁6)。また、事業者は不公正な取引方法を用いることを禁じられている(独禁19)。私的独占の禁止、不当な取引制限の禁止、不公正な取引方法を用いることの禁止、この3つが営業の遂行方法の自由を形式的に制限する独占禁止法の支柱と位置づけられるように思われる。

独占禁止法による制限は、上に述べたように、形式的には営業の自由に対する制約である。しかし、これは表面的な観察にすぎない。営業の自由は、企業相互間では「競争の自由」として表現されるものであり⁽¹⁷⁾、自由競争原理によって企業社会の発展が可能になると認められるものであるが、競争の自由が極端にまで進められると、不公正・不当な競争が横行したり、逆に競争そのものを回避あるいは否定するという弊害が生じる。これを放置すれば、自由競争原理

(16) 同前。

(17) 服部・注(1)前掲504頁参照。

の根本が崩壊しかねないことになるから、極端な自由競争から生じる弊害を例外的に統制することも必要になる。通説および公正取引委員会は、独占禁止法の目的が「公正かつ自由な取引の促進」にあり、同法が競争政策を実現する法律であると解している⁽¹⁸⁾。すなわち、独占禁止法は、自由経済秩序を維持するための法である。市場メカニズム（mechanism）が有効に機能することによってのみ、独占禁止法1条の目的のほぼすべてが実現するのである（たとえば、同条の目的に掲げられた一般消費者の利益は市場メカニズムの円滑化による反射的利益として実現されると解されよう）⁽¹⁹⁾。そうであるとすれば、形式的には営業の自由を否定すると観察される独占禁止法であるが、これが実質的には、営業の自由を保障する機能を果たすものと評価できることになるう。

このような評価が可能な範囲で、独占禁止法の規制の中には私法秩序に内在する規制といえるものもあると考えられるので、同法の規制の中にはそれに違反すると公序良俗に反して私法上の効力が否定されるべきものが少なくないと解されよう⁽²⁰⁾。

3. 商人資格の取得時期（自然人を中心に）

3-1. 緒言

何を営むべきか、すなわち活動としての営業の内容を決定した権利主体は、具体的に開業に向けた行動を開始する。ここに、まず、個人企業者として開業の準備に着手した自然人は、いつから商人になるのかという問題が生じる。商人たる資格の取得の時期如何は、商法の適用上きわめて重要となる。

自然人は、その権利能力に制限を受けないから、基本的商行為・準商行為該当行為を目的営業として選択し、該当営業活動をなす限りにおいて、商人たる資格を認められるのが本則であるゆえ、当該目的営業を開始した時点でこの者

(18) 久保成史＝田中裕明『独占禁止法講義』（中央経済社・2008年）23頁〔久保成史〕。

(19) 谷原修身『現代独占禁止法要論（4訂版）』（中央経済社・2000年）84頁脚注参照。

(20) 森本編・注（15）前掲53-54頁〔川濱昇〕。

に商人たる資格が認められることは、当然である。しかし、この者は、営業を開始する前に開業準備行為をするのが通常である。開業準備行為は、開業後の企業の固有目的たる営業行為と密接な関連を有し、開業後の営業が円滑に進むか否かは、準備行為の成否に掛かっていると言っても過言ではないほどに、企業生活関係への新規参入者にとって重要な意味を持つ。それゆえ、開業準備行為をした時点におけるその者の商人資格が問題となるのである。開業準備行為が、商人資格を前提とする商行為概念たる附屬的商行為として認められるか否かを決定する必要があるからである。

商人資格の取得時期（企業が成立する時点）に関しては、以下のような議論がある。

3-2. 営業意思表白説

大審院判例が最初に採った説である。大審院大正14年（1925年）2月10日判決民集4巻2号56頁は、「商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為スヲ業トスル者ヲ云フ從テ少クトモ一回ノ商行為ヲ為スコトハ商人資格發生ノ要件ニ非サレトモ商人タル資格ノ發生スルニハ商行為ヲ為スヲ業トスルノ意思ヲ外部ニ發表スルコトヲ要スルモノト解スヘキモノトス」と判示した。そして、営業の準備行為をしても、それだけでは、未だ営業をなす意思を外部に表示したものと認めることはできないとしたのである⁽²¹⁾。

この立場によれば、商号の登記、引札^{ひきふだ}（商品の宣伝や開店の披露などを書いて配る札一チラシ）の配布、開業の広告、看板の掲揚などの特別の方法で、一般的・対外的に営業意思を表白する行為が必要とされ、たとえ営業用機械の買入れ、工場の借入れなどの準備行為をしても、そのことのみでは、営業意思を外部に発表したことにはならない⁽²²⁾。

(21) なお、大判大正14年（1925年）3月27日新聞2407号18頁も参照。

(22) 鴻常夫＝河本一郎＝北澤正啓＝戸田修三編『演習商法（総則商行為）』（青林書院新社・1984年）81頁〔加美和照〕。

上の考え方は、次に述べる大正末葉の学説の趨勢であつた営業意思主観的実現説から批判を受け、大審院はやがてこの立場を改めるに至るのである。

3-3. 営業意思主観的实现説

松本烝治は、大正末葉から昭和劈頭に掛けての当時の通説を以下のように整理して述べている。すなわち、通説によれば、商人の資格発生の時期は商行為をなすを業とする意思が行為によって実現された時にある。そして、その行為は必ずしも営業の目的たる基本的商行為たることを要するものではない。行為者が、主観的に、営業開始の目的をもって準備行為をなすときは、その行為が最初の附屬的商行為であつて、かつ商人は、その行為をなすによって商人たる資格を取得するのである。たとえば、店舗の買入れまたは使用人の雇入れなどである。その他、商業帳簿の設備を整え、または商号の登記をなすがごときも皆、営業を営もうとする意思の実現行為であり、商人資格を発生せしむるものと謂わなければならない。商業を営む意思とその実現行為とがある以上は、外部に対する特別の表白行為がなくとも、その商人資格の発生を妨げるものではないと解さなければならない⁽²³⁾。

要するに、営業の意思が開業準備行為によって主観的に実現されれば、特別の表白行為がなくても商人資格が取得され、その準備行為は附屬的商行為となると説くのである。この説によれば、営業に属する最初の行為（商人たる活動に着手した第1歩）が実現された時に商人たる資格が生じると解されよう。かかる準備行為も計画的な一体としての営業の不可分な一部をなし、営業そのものに属する行為に他ならないからである⁽²⁴⁾。

この説によれば、ある行為が附屬的商行為となるか、換言すれば、当該行為が商法の適用を受けるか否かは、理論上、もっぱら開業準備行為をする側の主観的意思にかかっており、取引の相手方の事情は考慮の外にある。この点につ

(23) 松本烝治『商法総論（第5版）』（中央大学・1924年）111-112頁参照。

(24) 大隅・注（7）前掲123頁。

き、当時の田中耕太郎は、「外部に対し商人なるや否やが明でないのに商人となり、此の者と取引を為したる者が知らずして商行為の規定の支配を受けるのは不都合の観があるが、是れは〔商法〕第263条第1号及第2号（現在の商501①②）の場合に於ても隠れたる意思の有無により或は商行為と為り、或は然らざることに想到すれば敢て不都合と言ふを得ぬのである⁽²⁵⁾」と答えている。また逆に、店舗の開設や引札の配布などの表白行為があっても、行為者に営業を営む意思がなければ、理論上、この者に商人資格は発生しないことになる。この点に関し、松本烝治は、このような表見商人の責任について、「不法行為上ノ問題ヲ生シ得ルニ過キサルヘシ⁽²⁶⁾」と答えている。

大審院は、上述の当時の通説に倣い、営業意思表白説を棄て、その立場を改めた。すなわち、大審院昭和6年（1931年）4月24日判決民集10巻6号289頁は、「蓋 特定ノ営業ヲ開始スル目的ヲ以テ其ノ準備行為ヲ為シタル者ハ其ノ行為ニヨリ特定ノ営業ヲ開始スル意思ヲ実現スルモノナルヲ以テ其ノ準備行為モ亦商人カ其ノ営業ノ為ニスル行為ニ包含セラルヲ以テナリ」と説示するに至った。この立場は、後の最高裁判所にも踏襲された（最判昭和33年（1958年）6月19日民集12巻10号1575頁⁽²⁷⁾）。

3-4. 営業意思客観的認識可能説

その後、学説の趨勢は、営業意思主観的実現説から営業意思客観的認識可能

(25) 田中耕太郎「大正14年（1925年）第7事件判批」民事法研究会『判例民事法大正14年度』（有斐閣・1927年）34-35頁。

(26) 松本・注（23）前掲112頁脚注（9）参照。

(27) 石炭販売業を営むことを欲する者が、開業資金がないので、他から資金を借り入れるための担保として、知人との間で、土地・家屋を2ヵ月間利用させて欲しい旨の申込みをなし、成立した契約につき、最高裁は、「原判決が本件担保利用契約を控訴人等（上告人等）の営業の準備行為と認め且つ特定の営業を開始する目的で、その準備行為をなした者は、その行為により営業を開始する意思を実現したもので、これにより商人たる資格を取得すべく、その準備行為もまた商人がその営業のためにする行為として商行為なるものとした判断は正当である」と判示している。

説へと移行した。すなわち、開業準備行為によって商人資格が取得され附屬的商行為となるためには、営業意思が主観的に実現されるだけではならず、営業意思が客観的に認識可能であることを要求するようになったのである。営業意思を客観的に認めうることを要すると早くに主張し始めたのは、小町谷操三（1893～1979）や伊澤孝平（1901～1974）ではないかと思われる⁽²⁸⁾。その後、西原寛一、石井照久ら有力な商法研究者もこの説を支持した⁽²⁹⁾。大隅健一郎による以下の纏めが、この説の標準的な見解であろう（この説は論者によって若干のニュアンス（Nuance）の相違が認められる）。彼は、開業準備行為も商人がその営業のためにする行為として商行為たることを失わないが、「ただし、その準備行為は相手方はもとよりそれ以外の者にも客観的に開業準備行為と認められうるものであることを要すると解すべきであって、例えば単なる借財行為や日用品の買入行為のごとく行為の外形からはいかなる目的でなされたか知りえないものにつき、その行為者の主観的目的のみによって、直ちにこれを開業準備行為であるとすることはできない。もっとも、この場合においても、相手方がその事情を知っているときは、その者に対する関係においては開業準備行為としてこれに商行為性を認めなければならない。なお、たとえ引札の配布や広告などにより営業を営む意思が外部に表白されたとしても、営業に属する行為がなされないかぎり、いまだ営業の開始があるとはいえず、商人たる資格を生じない。ただ第三者がこれに信頼して取引をした場合には、その表白行為をした者は外観に対する責任を免れないであろう⁽³⁰⁾」と説いている。

判例は、学界の趨勢の移ろいに合わせるがごとく、再びその立場を変更する。最高裁昭和47年（1972年）2月24日判決民集26巻1号172頁がこれである。最高裁は、営業意思主観的実現説を踏襲した先の昭和33年（1958年）判例を引用

(28) 小町谷操三『商行為法論』（有斐閣・1943年）52頁、伊澤孝平『注解商法総則』（法文社・1949年）46頁。

(29) 西原寛一『商法総則・商行為法（商法講義Ⅰ）』（岩波書店・1952年）42頁、石井・注（3）前掲49頁。

(30) 大隅・注（7）前掲123頁。

しつつ、続けて「そして、その準備行為は、相手方はもとよりそれ以外の者にも客観的に開業準備行為と認められうるものであることを要すると解すべきところ、単に金銭を借り入れるごとき行為は、特段の事情のないかぎり、その外形からはその行為がいかなる目的でなされるものであるかを知ることができないから、その行為者の主観的目的のみによつて直ちにこれを開業準備行為であるとすることはできない。もつとも、その場合においても、取引の相手方が、この事情を知悉^{ちしつ}している場合には、開業準備行為としてこれに商行為性を認めるのが相当である」と判示して、営業意思客観的認識可能説を採用することを明らかにした。本件における最高裁の表現が先の大隅健一郎が説くところときわめて類似しているのは、彼が裁判官としてこの事件に関与したから、当然であったと言えよう。

この説は、現在なお多くの有力な商法研究者の支持を得ている⁽³¹⁾。

3-5. 段階的決定説

以上に述べた諸説は、商人資格の始期を画一的に決定しようとの発想で展開されてきたものと評価できる。これに対し、商行為性の主張を当事者間の具体的事情に即して相対的に決定しようとする発想の下⁽³²⁾、段階的決定説が登場した。この考え方は、鈴木竹雄が首唱し、これに示唆を得て北澤正啓によって完成されたものであると理解してよい。

鈴木は、先の営業意思主観的実現説を批判して、開業準備行為者と取引をした相手方が、この者から商行為たることの対抗を受けた場合には、その真意(営業意思を実現するためであったこと)を知らなかった相手方が不測の損害を蒙

(31) 関俊彦『商法総論総則(第2版)』(有斐閣・2006年)133頁脚注(41)、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法(第2版補訂)』(有斐閣・2007年)20頁、近藤光男『商法総則・商行為法(第5版補訂版)』(有斐閣・2008年)25頁、青竹正一『特別講義改正商法総則・商行為法(第2版)』(成文堂・2008年)29頁。

(32) 鴻=河本=北澤=戸田編・注(22)前掲82頁〔加美和照〕。

る虞れを免れ難いと述べ⁽³³⁾、以下のように解すべきではなかろうかと説いた。すなわち、(a) 営業を営む意思をもってなされた準備行為は（たとえ、それ自体は無色な資金の借入れまたは日用品の買入れであっても）、行為者の主観がこれを営業に拘らしめたことによって当然に商的色彩を帯び、商行為性を得るけれども、(b) そのことが行為の相手方に認識されずまたは認識されうべきでもなかった場合には、行為者の側から相手方に商行為性を対抗することができず、ただ相手方からその主張をなすことを妨げないだけである。(c) しかし、いよいよその営業意思が外部に公表されて一般人に認識しうべき状態に至れば（必ずしも広告等によって発表することを要せず、店舗を設け商号を称するがごときで差し支えない。しかし、内部において機械を購入し、使用人を雇い入れたのみでは、未だ相対的な効力しか発生しない）、一般第三者に対して当然に商人たる資格を対抗することができ、個々の相手方が営業の事実を認識したのか否かを問う必要がない⁽³⁴⁾。

鈴木は、営業意思主観的の実現説は勿論、営業意思客観的認識可能説も取引の安全を所期する上に不完全であるが、さればとて対公衆的な発表が行われるまで商行為たることを全面的に排斥するのも無意味な制限と考えられ、「要するに完全なる商人資格の取得の時期を一挙に決せんとした点に従来の所説の誤謬^{ごびょう}乃至不明確が根ざしたのではなかろうか⁽³⁵⁾」と結んでいる。

北澤正啓は、上の鈴木 の指摘に示された、商人資格の取得を相対的に認めようとの柔軟な視座に立って、以下のような見解を表明した。すなわち、①まず、営業意思が準備行為によって主観的に実現されれば、それだけで、相手方は、その準備行為に関し、その行為者の商人資格とその行為の附屬的商行為性を主張することができるが、この場合には、相手方において当該行為が営業のため

(33) 鈴木竹雄「昭和6年（1931年）第32事件判批」民事法研究会『判例民事法昭和6年度』（有斐閣・1934年）129頁。

(34) 同前129－130頁。

(35) 同前131頁。

になされたことを証明しなければならない。②次に、営業意思が特定の相手方に認識されたかまたは認識されうべきであった場合には、行為者も、その準備行為に関し、相手方に対して自己の商人資格とその行為の附属的商行為性を主張することができる。この場合には、行為者が、その行為を営業のためにしたことおよび相手方がそれを知ったかまたは知りうべきであったことを証明しなければならない。③最後に、営業の準備行為が行われつつあると一般に認識されうべき段階に達し、この者の商人性が客観的に確立したと認められる段階に至ったときは、この者の行為について附属的商行為の推定が生じ(商503Ⅱ)、その結果、行為の商人性を争おうとする者が、営業のために当該行為をしたのでないことを証明することを要するとともに、開業者の側が商行為性を争うときは、営業のためにしたのでないことを相手方が知ったかまたは知りうべきであったことを証明しなければならない⁽³⁶⁾。

上の考え方は、鈴木説をいささか整備しかつ立証責任の配分にも言及したものであると述べられている⁽³⁷⁾。

この問題の相対的解決という側面は、服部栄三による支持を得ており⁽³⁸⁾、鴻常夫は、北澤説を全面的に支持している⁽³⁹⁾。

3-6. 小括

営業意思表白説は、商人資格の取得と附属的商行為の成立に無用な制限を課すものであるから(開業準備行為の性質から観て、商法規定の適用時点を徒らに遅らせる結果となる)採用し難い。また、営業意思主観的実現説は、附属的商行為が営業の意思をもってなされるものである以上、考え方の出発点として

(36) 北澤正啓「商人資格の取得時期と開業準備行為の附属的商行為性」同著『株式会社法研究』(有斐閣・1976年)所収432-433頁参照。

(37) 同前433頁。

(38) 服部・注(1)前掲262頁。

(39) 鴻・注(2)前掲109-110頁。

は妥当であるかもしれないが⁽⁴⁰⁾、ある者の行為に商法が適用されるか否かは行為の相手方も利害を有しており、相手方の予想に反して商法の規定が適用されるという欠点を有しているので支持できない⁽⁴¹⁾。営業意思客観的認識可能説はこの欠点を克服するために営業意思主観的実現説を修正して誕生したものと評価できる。

段階的決定説から営業意思客観的認識可能説に対する批判は、行為者の営業の意思が主観的に実現されても相手方は行為者の商人資格と行為の商行為性を主張できなくなる点で、無用な制限を課しているというものである⁽⁴²⁾。北澤正啓は、開業準備のための金銭の借入行為を例に次のように述べる。営業意思客観的認識可能説によれば、借主（開業準備行為者）が営業のためにすることを貸主が知りえなければ、借主は借入行為によって商人資格を取得せず、その借入行為が附属的商行為となることはない。しかし、この場合に、借主が貸主に対して借入行為の商行為性を主張しえないのはよいが、貸主が借主に対しても商行為性を主張しえなくなるのは、これまた、商人資格の取得と附属的商行為の成立に無用な制限を課すものである⁽⁴³⁾。

これに対し、営業意思客観的認識可能説からは、相手方が後に本人の営業意思を知った場合まで商人資格の取得を主張させる必要はないとの反論⁽⁴⁴⁾が、段階的決定説に向けて主張されている。関俊彦は、およそ以下のように述べる。すなわち、相手方が事前に開業準備行為者の営業意思の存在を知っていれば、段階的決定説の上記②の段階の問題になるから、①の段階のときに、相手方は民法と商法のいずれを適用するかについての選択権を有することになるが、それはあくまでも事後に本人（開業準備行為者）の営業意思の存在を知った場合に限られる。そうであれば、もともと一般法（民法）の適用を覚悟していたに

(40) 服部・注（1）前掲262頁参照。

(41) 弥永・注（31）前掲20頁、青竹・注（31）前掲29頁参照。

(42) 青竹・同前。

(43) 北澤・注（36）前掲429頁。

(44) 弥永・注（31）前掲20頁、青竹・注（31）前掲29頁。

もかわらず、事後に本人の行為が商行為であったことを発見した相手方に対して商法の適用を許すという保護を与える理由がない⁽⁴⁵⁾。

しかし、後に行行為者の営業意思を知った者に商法の適用の主張を許すことに、何らかの不都合があるであろうか。そもそも開業準備行為者は営業意思を有して行為しているのである。関らは、相手方はもともと一般法の適用を覚悟していたと述べるけれども、逆に、開業準備行為者の側も、自己の営業意思が実現できるのなら、商法の適用を受けることもやむをえないと覚悟しているとも言えるのである。また、相手方に保護を与える必要・理由がないと述べるけれども、逆に相手方に保護を与えてはならないという合理的理由もまた存在しないとも言えるのである。たとえ、事後に本人の営業意思を知った相手方に商法適用の主張を認めようと、開業準備行為者が害されることは何もない。しかも、相手方が自己に有利な商法の規定の適用を主張すれば、当然、この局面では防禦側に回る開業準備行為者もまた、相手方に対して公然と自らの行為の附属的商行為性を主張できる立場を取得するのであるから（相手方が正面から開業準備行為者を商人であると認めている）、これまた自己に有利な商法の規定の適用の主張を許されるのである。何の不都合があらう。

営業意思客観的認識可能説からは、段階的決定説に対して、商人資格をいつの時点で取得するかは事実の存否の問題であり、主張・立証の可否はその後の問題であるとの批判もなされている⁽⁴⁶⁾。確かに、段階的決定説は、本来は事実の存否たるべき問題を、言わば対抗問題に置き換えるという便法を採るものであるが、商行為に関連する規定の適用に関しては、かかる便法も必ずしも不合理ではない⁽⁴⁷⁾。そうであるとすれば、この問題に関しては、行為者と相手方との利益を最も衡平に調整する点で優れている段階的決定説が支持されるべきものとする。ただし、これ以外の商法規定の適用にも同様の尺度で対処しうる

(45) 関・注(31)前掲133頁脚注(41)参照。

(46) 青竹・注(31)前掲29頁参照。

(47) 森本編・注(15)前掲44頁〔洲崎博史〕。

のかという問題は残っているとし、商法総則の規定については、その趣旨を斟酌しつつ、各規定ごとに適用（ないし類推適用）の開始時期を確定する作業が必要になるのではなからうかとの、洲崎博史（1959～ ）の指摘⁽⁴⁸⁾は、留意されるべきである。

3－7．法人の場合

会社以外の法人については、古くから「自然人ノ場合ノ説明ヲ類推シテ可ナルカ故ニ⁽⁴⁹⁾」自然人と同様に商人資格の取得時期を考えればよいとされており、今日もなお、この点に関する異論を見ない⁽⁵⁰⁾。

会社に関しては、次章においてこれを考究したい（とくに第3章5－3－5）。

(48) 同前45頁脚注（20）参照〔洲崎博史〕。

(49) 森本・注（23）前掲111頁。

(50) 大隅・注（7）前掲123頁、森本編・注（15）前掲42頁〔洲崎博史〕、関・注（31）前掲133頁、弥永・注（31）前掲21－22頁。